

Organizadores:
Álvaro Paranhos Severo
Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon
Plínio Melgaré

DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

ESTUDOS EM HOMENAGEM AOS 70 ANOS
DO CURSO DE DIREITO DA PUCRS

ADALBERTO PASQUALOTTO
ÁLVARO SEVERO
ANA CLÁUDIA REDECKER
ANDRÉ ESTEVEZ
ANDRÉ PERIN SCHMIDT NETO
ANDRESSA GARCIA
ARAKEN DE ASSIS
CAROLINE VAZ
CLÁUDIA RODRIGUES
CRISTINA PASQUAL
FERNANDA RABELLO
FRANCISCO DE ASSIS VIÉGAS
GABRIELA WALLAU RODRIGUES
GUILHERME PORTO

GUSTAVO TEPEDINO
LAÍS LUCAS
LIANE TABARELLI
LUIS ALBERTO REICHELT
LUIZ GUILHERME MARINONI
MARCO FELIX JOBIM
MAURO FITERMAN
NANCY ANDRIGHI
PLÍNIO MELGARÉ
RICARDO LUPION
SÉRGIO GILBERTO PORTO
SÍLVIO DE SALVO VENOSA
TULA WESENDONCK





Copyright© 2018 by Álvaro Paranhos Severo, Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon & Plínio Melgaré

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

D635

Direito privado e processo civil : estudos em homenagem aos 70 anos do curso de direito da PUCRS / Adalberto Pasqualotto ... [et al.] ; organização Álvaro Paranhos Severo, Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon, Plínio Melgaré. - 1. ed. - Florianópolis [SC] : Tirant Lo Blanch, 2018.

388 p. ; 21 cm.

Inclui índice

ISBN 978-85-9477-145-2

1. Direito privado. 2. Direito processual civil. I. Pasqualotto, Adalberto. II. Severo, Álvaro Paranhos. III. Pozzebon, Fabrício Dreyer de Ávila. IV. Melgaré, Plínio.

18-48448

CDU: 347.9

Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária CRB-7/6439

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca

Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D

Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Organizadores:

Álvaro Paranhos Severo
Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon
Plínio Melgaré

DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL:

**ESTUDOS EM HOMENAGEM AOS 70
ANOS DO CURSO DE DIREITO DA PUCRS**



AUTORES:

Adalberto Pasqualotto
Álvaro Severo
Ana Cláudia Redecker
André Estevez
André Perin Schmidt Neto
Andressa Garcia
Araken de Assis
Caroline Vaz
Cláudia Rodrigues
Cristina Pasqual
Fernanda Rabello
Francisco de Assis Viégas
Gabriela Wallau Rodrigues
Guilherme Porto
Gustavo Tepedino
Laís Lucas
Liane Tabarelli
Luis Alberto Reichelt
Luiz Guilherme Marinoni
Marco Felix Jobim
Mauro Fiterman
Nancy Andrichi
Plínio Melgaré
Ricardo Lupion
Sérgio Gilberto Porto
Sílvio de Salvo Venosa
Tula Wesendonck

APRESENTAÇÃO

Apresentar a presente obra neste momento histórico ímpar reveste-se de especial alegria e significação. A grande família do Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS rejubila-se com a feliz conjunção de três fatores: os 70 anos do Curso de Direito, a implantação da Escola de Direito e o bicentenário do Instituto Marista.

Refletir sobre esta trajetória de sucesso, nos leva a render justa homenagem àqueles que contribuíram nessa caminhada com seu esforço e dedicação. Em primeiro lugar, o agradecimento aos nossos gestores, professores, técnicos administrativos e, como a razão fundamental do nosso trabalho, aos nossos queridos estudantes e diplomados. Mas também, e de maneira muito especial, às famílias que não apenas dividem com a PUCRS no exercício da sua Missão, o precioso tempo de convívio com os seus familiares, como também os estimulam e fornecem a base sólida necessária para que o trabalho seja exercido com afeto.

E os frutos do trabalho desenvolvido podem ser verificados de maneira muito concreta através dos mais de 25 mil egressos do Direito da PUCRS, que desempenham ou desempenharam várias funções essenciais à vida jurídica do nosso País. Juízes, Advogados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, Delegados de Polícia, Procuradores, enfim, o grande leque de profissões propiciadas pelo Curso de Direito. Também cabe destacar os diversos professores universitários hoje em atividade no Brasil e no exterior que aqui estudaram e munidos do conhecimento e valores que nos são tão caros, multiplicam o sagrado dom de educar.

Ao mesmo tempo em que comemoramos tais conquistas, temos a clara percepção de que muito ainda há que ser feito no tocante ao ensino, à pesquisa e à extensão, até porque a ação de educar é uma obra sempre inacabada. Mas estamos muito felizes e fortalecidos pelo que juntos conquistamos e nos dá a confiança na contínua busca de patamares de excelência cada vez mais elevados e reconhecidos.

Os diversos artigos que o livro em comento reúne traduzem a riqueza da produção científica das áreas de Direito Privado e de Direito Processo Civil da Escola de Direito, bem como representam um pouco dessa nossa exitosa história, uma vez que entre os autores, estão professores em atividade na Escola e outros que por aqui passaram com sua valorosa e única contribuição, bem como brilhante Ministra do Superior Tribunal de Justiça, ex-aluna do Curso de Direito da PUCRS.

Concluo com meus efusivos parabéns e penhorado agradecimento a todos, e rogo que São Marcelino Champagnat e nossa Boa Mãe permaneçam intercedendo para que sejamos abençoados em nossa meta precípua de educar a pessoa na sua totalidade. Boa leitura!

Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon

Decano da Escola de Direito da PUCRS

SUMÁRIO

A INSTAURAÇÃO DA CIVILÍSTICA BRASILEIRA: O CONSELHEIRO RIBAS E A ESCOLA DE SÃO PAULO	9
Adalberto Pasqualotto	
A EFETIVIDADE E A INEFICÁCIA DA COISA JULGADA À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO	57
Álvaro Vinícius Paranhos Severo	
DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E A PARTILHA DE COTAS SOCIAIS	69
Ana Cláudia Redecker	
A APURAÇÃO DE HAVERES NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS: BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS INCENTIVOS DERIVADOS DAS CLÁUSULAS NEGOCIADAS EM CONFRONTO COM A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	85
André Fernandes Estevez / Gabriela Wallau Rodrigues / Laís Machado Lucas	
EVICÇÃO: ENTRE O DIREITO MATERIAL E O DIREITO PROCESSUAL	109
André Perin Schmidt Neto / Plínio Melgaré.	
COMPETÊNCIA NA AÇÃO RESCISÓRIA	129
Araken de Assis	
A RESPONSABILIDADE CIVIL E A INFLUÊNCIA DA “CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA” NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (LEI Nº 13.105/15)	149
Caroline Vaz	
O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	163
Cristina Stringari Pasqual.	
O ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA: POR UMA ANÁLISE EXEMPLIFICATIVA A PARTIR DA TUTELA DO CONTEÚDO MATERIAL DAS QUESTÕES DE FAMÍLIA.	183
Fernanda de Souza Rabello / Mauro Fiterman	
A DISCIPLINA DA PROVA NO CÓDIGO CIVIL: PROPOSTA PARA UM DIÁLOGO COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .	201
Gustavo Tepedino / Francisco de Assis Viégas	

O CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA SOB A PERSPECTIVA MATERIAL E PROCESSUAL NO DIREITO BRASILEIRO227

Liane Tabarelli / Tula Wesendonck

O DIREITO FUNDAMENTAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO NOVO CPC E A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO EM PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA247

Luís Alberto Reichelt

CONSEQUÊNCIAS DA EQUIVOCADA APROXIMAÇÃO DO “IRDR” AO SISTEMA DE PRECEDENTES.259

Luiz Guilherme Marinoni

A APLICAÇÃO DA LEI N. 13.105/15 NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.299

Marco Félix Jobim

DIREITO INTERTEMPORAL, HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, SUCUMBÊNCIA RECURSAL E A INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. . . 315

Nancy Andrighi

10 ANOS DA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS.329

Ricardo Lupion / Andressa da Silva Garcia

(ENDO)PROCESSUALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E ABERTURA MATERIAL DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO.353

Sérgio Gilberto Porto / Guilherme Athayde Porto

DA LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA E A RENOVAÇÃO COMPULSÓRIA DE CONTRATO DE LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL COM AJUSTE DE VALOR DE ALUGUEL367

Sílvio de Salvo Venosa / Cláudia Rodrigue

A INSTAURAÇÃO DA CIVILÍSTICA BRASILEIRA: O CONSELHEIRO RIBAS E A ESCOLA DE SÃO PAULO¹

Adalberto Pasqualotto²

SUMÁRIO: Introdução. 1. A cultura e o ambiente da Faculdade de Direito de São Paulo. 1.1. A criação dos cursos jurídicos e os Estatutos do Visconde da Cachoeira. 1.1.1. Os estatutos como modelo. 1.1.2. Teoria e prática do ensino jurídico. 1.2. A “pepeneira da elite política” e o bacharelismo. 1.2.1. Entre a balança e a espada. 1.2.2. Crítica e elogio do bacharelismo. 1.3. O ambiente acadêmico e a influência de Júlio Frank no surgimento de Ribas. 1.3.1. Júlio Frank e a “Bucha”. 1.3.2. Ribas, discípulo de Frank. 2. Ribas e o despontar da civilística brasileira. 2.1.1. O quadro de fundo da história. 2.1.2. As influências em Ribas e a formação do seu pensamento. 2.2. Princípio de ordem e princípio de liberdade. 2.2.1. Moral e direito. 2.2.2. Abuso de direito. 2.3. O método. 2.3.1. O direito em visão ampla. 2.3.2. Os elementos básicos da relação jurídica. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Neste ano de 2017 comemoram-se duzentos anos da codificação civil brasileira. O Código Civil de 196, o primeiro código civil da história nacional, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917. Até então, embora o país tivesse se tornado independente em 1822, tendo ocorrido posteriormente, em 1899, a proclamação da República, a legislação civil em vigor eram as Ordenações Filipinas. Esse estado de coisas se manteve mesmo depois que Portugal aboliu as Ordenações em favor do Código Civil português de 1867, o Código de Seabra. É oportuno, portanto, que se faça uma reflexão sobre as origens do direito civil brasileiro. Essa reflexão será feita pela perspectiva da Escola de São Paulo e de uma de

1 Trabalho produzido pelo autor na disciplina de Fundamentos do Direito Privado, ministrada pela Professora Doutora Judith Martins-Costa, no curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no ano de 2000. Publicação inédita.

2 Doutor em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito pela mesma Universidade. Professor Titular de Direito do Consumidor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

suas maiores expressões, o Conselheiro Ribas. Põe-se acento igualmente na importância dos cursos jurídicos para a evolução não apenas do direito no Brasil, mas igualmente da vida política nacional, o que vem a calhar com a efeméride que se comemora no corrente ano, os 70 anos do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, hoje transformada em Escola de Direito.

Segundo César TRÍPOLI (1936:3-5), o direito deve ser encarado por dois aspectos: um, relativo às suas origens, formação e evolução nos diferentes povos; o outro, atinente aos fundamentos das instituições e dos ordenamentos jurídicos, o seu conteúdo de justiça ou de injustiça, o que há no sistema de superior, perene e universal ou simplesmente accidental, transitório e particular. Do primeiro aspecto cuida a História do Direito; do segundo, a Filosofia do Direito. Essas duas ciências auxiliam-se e integram-se reciprocamente. Enquanto o método histórico investiga documentos e demais monumentos, o filosófico indaga as causas das manifestações jurídicas reveladas no quadro histórico, apontando os seus efeitos e fazendo reviver os costumes, as idéias e a mentalidade jurídica de cada época.

A inauguração da civilística brasileira expõe a confluência desses dois fatores: de um lado, o elemento histórico, que deitava raízes em Portugal, apontando para uma mentalidade conservantista das tradições reínicas. De outro lado, o bafejo de novos ventos que sopravam dos países europeus mais compassados com a modernidade, no surgimento do liberalismo. Enquanto retardava a elaboração de um Código Civil, prevalecia a vigência do direito português corporificado nas Ordenações Filipinas e reestruturado na *Consolidação* de Teixeira de Freitas. Após o fracasso do *Esboço* e das sucessivas tentativas de codificação, foi preciso esperar a virada do século, com a intercorrência fundamental da proclamação da República, até que tivéssemos a consagração do projeto de Bevilacqua, e finalmente a entrada dos elementos novos, de origem especialmente francesa e germânica, que, conjugados com a tradição portuguesa, resultaram no direito civil de 1916.

O ponto de partida dessa evolução foi a fundação dos cursos

jurídicos, cuja instalação fecundou uma geração nativa de juristas, estimulando o ciclo inicial de autores brasileiros. Rompia-se o domínio dos autores portugueses, exercido notadamente por meio de Mello Freire e de Lobão.³ O magistério foi elevando o padrão didático dos nossos primeiros autores no século XIX, prenunciando o aprofundamento teorizante que viria a seguir (DUTRA, 1992:49 ss).

É nessa quadra que surge o Conselheiro Ribas na Faculdade de São Paulo, onde tornou-se o primeiro grande catedrático de direito civil. Influenciado pelo kantismo e pelo historicismo através do contato com Júlio Frank e da leitura de Savigny, Ribas conquistou um lugar definitivo na nossa história jurídica. Como escritor, foi o primeiro grande sistematizador da doutrina civilística brasileira. Como catedrático, elevou a um patamar superior de dignidade o ensino do direito.

Neste texto, Ribas é analisado a partir do seu *Curso de Direito Civil*, com o propósito de se verificar a sua inserção na instauração da civilística brasileira. Foram deixadas de lado as suas contribuições no processo civil e no direito administrativo. Igualmente não foi objeto de exame *Da Posse e das Ações Possessórias*, que, não obstante seja obra de direito civil, é mais particularista e encontra rival expressivo no precedente *Direito das Causas*, de Lafayette. O *Curso*, porém, é incontestável. Precedeu-o Lourenço Trigo Loureiro (1793-1870), que em 1851 editou no Recife *Instituições de Direito Civil*, não ombreando, porém, a “obra superior de Ribas” (DUTRA, 1992:53). Também é o *Curso* mais prestimoso para melhor compreensão do pensamento do autor, porque seu espectro é mais amplo do que os domínios atuais do Direito Civil, incursionando em áreas presentemente atribuídas à Introdução ao Direito, ao Direito Romano e à História do Direito.

O plano deste trabalho tem dois pontos focais. Um primeiro olhar é voltado para a cultura e o ambiente reinante na Faculdade de São Paulo nos primeiros anos de seu funcionamento, colocando-se

3 É sempre lembrada a frase de PONTES DE MIRANDA, que bem expressa a natureza derivada do nosso direito: “O direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho de planta, que o colonizador português (...) trouxe e enxertou no novo continente” (1981:26).

em destaque os estatutos que a regiam (a), a sua importância no contexto social da época (b) e a influência que nela exerceu Júlio Frank, uma espécie de preceptor de Ribas e de grande parte dos estudantes que se candidatavam ao ingresso no ambicionado curso jurídico (c). O segundo foco é centrado na figura de Ribas, analisando-se as suas posições frente ao pandectismo e à escola da exegese (a), a tensão de sua doutrina entre os princípios de ordem e de liberdade (b) e o seu método de exposição da matéria (c).

1. A CULTURA E O AMBIENTE DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO

No período colonial, a ilustração dos brasileiros dava-se na Europa, particularmente na França e em Portugal. A Independência, porém, criou uma situação difícil para estudantes brasileiros em Coimbra, forçando uma solução nacional (MOTTA FILHO, 1955:180). A criação dos cursos jurídicos foi a certidão de nascimento de nossa vida intelectual. Foi a partir deles que a juventude brasileira começou a tomar contato com o pensamento mais avançado do mundo da época, sem a necessidade de atravessar o Atlântico. Nessa medida, os cursos jurídicos atuaram diretamente como formadores e indiretamente como difusores de uma nova mentalidade. Destaca Oliveira Viana que os alunos dos cursos jurídicos, embebidos do idealismo europeu, retornavam como doutores às suas províncias e tornavam-se focos irradiadores dos mesmos ideais. Assim ampliaram a área de influência das academias jurídicas, contribuindo para a formação de dois grandes partidos políticos representativos da época: o Partido Conservador e o Partido Liberal (*apud* VENÂNCIO FILHO, 1982:163).

A partir dos cursos jurídicos também se formaram alguns dos traços peculiares da nossa nacionalidade, dentre eles o bacharelismo, freqüentemente criticado, mas também lembrado pela sua importância como instrumento do nosso discurso da liberdade.

As dificuldades inerentes a todo começo fizeram-se presentes nos primeiros anos de funcionamento dos cursos jurídicos, como foi

o caso de São Paulo. As deficiências dos professores, as carências da bibliografia, a falta de disciplina, o tráfego de influência, os desvios da vida acadêmica, tudo fez parte da história da academia paulista, que aos poucos foi marcando o sulco de sua consagração como instituição decisiva na vida nacional.

1.1. A criação dos cursos jurídicos e os Estatutos do Visconde da Cachoeira

Foi José Feliciano Fernandes Pinheiro, depois Visconde de São Leopoldo, quem propôs oficialmente a criação dos cursos jurídicos no Brasil, como parte de uma universidade, em indicação que fez à Assembléia Constituinte em 14 de junho de 1823. A iniciativa prosperou e obteve sanção legislativa em 4 de novembro do mesmo ano, mas foi abortada antes da promulgação pela súbita dissolução da Assembléia Constituinte oito dias depois. O assunto foi retomado pela Assembléia Geral por proposta do deputado mineiro Lúcio Soares Teixeira de Gouveia, de 12 de maio de 1826, que afinal resultou na célebre Lei de 11 de agosto de 1827.

O currículo instituído na lei tinha sete cadeiras, distribuídas em cinco anos de curso. 1ª cadeira: direito natural, direito público, análise da Constituição do Império, direito das gentes e diplomacia; 2ª cadeira: Direito Público Eclesiástico; 3ª cadeira: Direito Pátrio Civil; 4ª cadeira: Direito Pátrio Criminal, com a teoria do processo criminal; 5ª cadeira: direito mercantil e marítimo; 6ª cadeira: Economia Política; 7ª cadeira: teoria e prática do processo adotado pelas leis do Império.

À lei de 11 de agosto foi incorporada emenda do deputado José Clemente Pereira, mandando adotar, enquanto não se fizessem outros, os estatutos que o Visconde da Cachoeira elaborara tendo em vista o curso que se instalaria no Rio de Janeiro. O curso jurídico do Rio de Janeiro fora criado em caráter provisório por decreto de 9 de janeiro de 1825, redigindo-se logo os estatutos, tarefa incumbida ao Visconde da Cachoeira. O curso, porém, não foi instalado, porque a Assembléia Geral deu preferência ao projeto de Gouveia.

Assim, os primeiros estatutos dos cursos jurídicos brasileiros antecederam a sua própria existência.

1.1.1. Os estatutos como modelo

Eram tempos em que os estatutos gozavam de autoridade. Durante os debates parlamentares foi registrado o comentário de Nicolau Vergueiro, de que em Coimbra ainda se ensinava que o poder espiritual pertencia à Igreja, e o temporal aos reis. O lente (como eram chamados os professores universitários em Coimbra) concluía essa lição com um sorriso, dizendo que era obrigado a afirmá-lo para seguir o compêndio adotado pelos estatutos pombalinos (VAMPRÉ, 1977(1):26).

O modelo de ensino jurídico que se almejava para o Brasil não era o de Coimbra, como ficava claro nos Estatutos do Visconde da Cachoeira,⁴ que ao curso da universidade portuguesa assim se referia:

“o nímio saber jurídico e demasiada erudição de seus autores rechearam o curso jurídico de antiguidades e subtilezas, que mui pouco uso prestam na pratica, com menoscabo do direito civil pátrio, dos princípios filosóficos do direito, do direito das gentes e de diplomacia, do direito comercial e marítimo, do criminal e da economia politica” (*apud* BARRETO, 1922:76).⁵

Havia consideráveis diferenças entre os Estatutos coimbrãos e os do Visconde da Cachoeira, a começar pelo tamanho: três grossos volumes aqueles, três dezenas de páginas estes. O conteúdo também era bem

4 O autor dos Estatutos chamava-se Luís José de Carvalho e Melo. Nasceu na Bahia, em 6 de maio de 1764. Formou-se em leis na Universidade de Coimbra. Foi Conselheiro de Estado e senador pela sua província, antes de receber o título de Visconde da Cachoeira. Distinguiu-se por grande tato político e notável cultura literária. Foi deputado constituinte, fazendo parte, nessa condição, da comissão de redação da Constituição Imperial de 25 de março, após a demissão e deportação dos Andradas. Nos debates parlamentares sobre os cursos jurídicos, destacou-se pela defesa da criação de duas universidades, em vista da extensão do Império, prevendo a necessidade de maior número, depois que houvesse maior povoação. Sustentou que elas se localizassem em São Paulo e em Olinda. Alegava em favor de São Paulo a proximidade do porto de Santos, a moradia barata, o clima saudável e moderado, o abastecimento de gêneros de primeira necessidade e a conveniência geográfica para os habitantes das províncias do Sul e do interior de Minas Gerais. Transferia analogamente para Olinda as mesmas vantagens de confluência para os estudantes das províncias do Norte. Foi Ministro dos Negócios Estrangeiros, tendo assinado, em nome do Imperador, o Tratado de Reconhecimento da Independência do Brasil pelo Rei de Portugal, em 1825. Faleceu no Rio de Janeiro, em 6 de junho de 1826, antes que entrassem em vigor os Estatutos que redigira.

5 A grafia histórica foi atualizada para as normas vigentes ao longo de todo o texto.

diverso. Apesar de eruditos, os Estatutos de Coimbra foram considerados impróprios para o ensino do direito brasileiro, porque enfatizavam o Direito Romano excessivamente, pobremente o Direito Civil, Natural, Público e das Gentes, e omitiam o Direito Marítimo, Comercial,⁶ Criminal e de Economia Política. (VAMPRÉ, 1977 [1]: 31).

1.1.2. Teoria e prática do ensino jurídico

Os Estatutos do Visconde da Cachoeira eram dedicados mais ao método de ensinar do que à matéria das disciplinas. Orientavam-se por acurado sentido prático, sem perder de vista o valor das origens, tanto que instauravam um curso das Institutas, não acolhido na Lei de 11 de agosto de 1827, que optou por excluir o ensino do Direito Romano.

O assunto fora objeto de debate legislativo. Já deixara fora o Direito Romano, em proposta que apresentada por Fernandes Pinheiro. Defendeu a sua inclusão José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, dizendo que, malgrado algumas “regras indigestas”, a civilização da Europa moderna era devida, em grande parte, às *Pandectas*, não sendo possível ignorar as leis de um povo que durou mais de quatorze séculos, e que perduram em tantos países. O jovem deputado Araújo Lima, porém, considerava inútil o estudo do Direito Romano, que fora instrumento da escravidão dos povos (VENÂNCIO FILHO, 1982:17).

Os Estatutos, a esse propósito, guardavam uma posição de equilíbrio. Observavam que, tendo servido de base à maior parte dos códigos civis das nações modernas, o Direito Romano devia ser conhecido em suas linhas gerais e diversas épocas, uma vez que entre nós sempre teve uso subsidiário e doutrinal, nunca autoridade extrínseca. O professor também deveria acentuar o que, no Direito Romano, era próprio dos costumes do povo e o que ele contém de geral e fundado na boa razão, demonstrando o uso prático de cada doutrina e a sua recepção ou não pelo direito brasileiro, tal como fizera Heinício no compêndio das *Pandectas* quanto ao *jure germano*.

6 José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, já publicara em 1801 *Princípios de Direito Mercantil*. Nem por isso sua obra foi incluída entre os compêndios recomendados pelos Estatutos do Visconde da Cachoeira.

Algumas disposições dos estatutos eram pitorescas, como a que recomendava aos lentes que fossem breves e claros nas suas exposições, “não ostentando erudição por vaidade, mas aproveitando o tempo com lições uteis, trabalhando quanto possível por concluir a explanação das matérias do compêndio” (BARRETO, 1922:78).

Os Estatutos visavam sobretudo imprimir ritmo mais propício ao aprendizado do que aquele que o seu autor conhecera como experiência própria em Coimbra. Nesse passo, os Estatutos do Visconde da Cachoeira procuraram espelhar o avanço da mentalidade jurídica brasileira à época, sendo “obra de juriconsulto e de administrador”, no dizer de Clóvis BEVILAQUA, que faz uma interessante análise do seu conteúdo (1977:21).

Davam os Estatutos grande importância à história do direito, devendo o seu estudo remontar às origens da monarquia portuguesa, permitindo ao aluno conhecer a fundo toda a evolução do direito em suas épocas, códigos e compilações.

Enfatizavam a necessidade de acompanhamento prático do estudo teórico. Por isso, no terceiro e quarto anos, os professores, assim de Direito Civil como de Criminal, deviam mostrar aos alunos o uso prático que no foro se fazia das doutrinas ensinadas em aula, e no quinto ano organizar processos, em que os estudantes funcionassem como advogados, juízes e escrivães.⁷

Previam estudos preparatórios de línguas latina e francesa, retórica, filosofia racional e moral, aritmética e geometria e indicavam os livros a serem adotados em cada cadeira, enquanto o lente não escrevesse o seu próprio compêndio.⁸ Direito Civil Pátrio era leciona-

7 VAMPRÉ (1977:33) lamenta que não houve prática uniforme dos exercícios, o que poderia ter levado o ensino de direito a um grau de aperfeiçoamento que não se alcança só com a teoria, afirmando que a vocação das escolas de direito é serem as antecâmaras dos tribunais.

8 Foi muito discutida a questão dos compêndios, que em última análise era um debate sobre a liberdade de cátedra. Prevalceu a fórmula de que o compêndio de cada disciplina seria escolhido pelo lente ou por ele elaborado, “contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela Nação” (art. 7º, da Lei de 11 de agosto). Depois de aprovados pela Congregação, os compêndios “serviriam interinamente”, sendo apreciados pela Assembléia Geral (legislativa), que se os aprovasse mandaria publicar, competindo ao autor o privilégio da obra por dez anos. Não obstante a estranheza da intromissão legislativa, entende o autorizado

do no terceiro e quarto anos. No terceiro ano eram estudados *de jure personarum* e *de jure rerum*, tendo como guia o livro de Melo Freire. No quarto ano, a matéria era *de obligationibus et actionibus*. Os livros eram de Melo Freire, Strikio, Caminha, Bernarde, Brissot, Filangieri, Cottu, Saint Aignan e Aragão (BEVILAQUA, 1977:21-22).

Os Estatutos do Visconde da Cachoeira vigoraram até 1831, quando sobrevieram outros, aprovados por decreto de 7 de novembro. Estes, apesar de ditos provisórios, permaneceram até 28 de abril de 1854, data em que o decreto nº 1.134 logrou uma base mais duradoura aos cursos jurídicos, que persistiu até a modificação radical que foi a reforma do ensino livre, ocorrida em 1879 (VENÂNCIO FILHO, 1982:49).

1.2. A “pepineira da elite política” e o bacharelismo

Os cursos jurídicos logo polarizaram a incipiente vida cultural do país. Não eram eles apenas centros de formação de advogados, mas pólos de atividades filosóficas, políticas, jornalísticas, econômicas, literárias e sociológicas, um conglomerado de todas as humanidades, ao estilo renascentista. “Elaborava-se, sob a inspiração dos valores jurídicos, uma visão global de nós mesmos”, no dizer de Miguel REALE (1976, 232), para quem nada era mais urgente, àquela altura, do que a formação da consciência jurídica nacional, que preparasse os pressupostos teóricos indispensáveis à estrutura legal do país.

José de Alencar, egresso da escola de São Paulo, deu a medida da dimensão social que os cursos jurídicos alcançaram, ao escrever, em 3 junho de 1855, aos 26 anos de idade, em sua coluna “Ao correr da pena”, que mantinha no jornal Correio Mercantil, do Rio de Janeiro, onde advogava:

(...) Quanto à classe rica e abastada, esta não quer outra coisa que não seja o sonoro título de DOUTOR. Doutor atualmente equivale ao mesmo que fidalgo nos tempos do feudalismo. É um grau, um distintivo, um título, uma profissão, um estado. No tempo da

VAMPRÉ (1977[1]:30) que se mantinha a liberdade de investigação científica, constituindo a aprovação da Assembléia antes um incentivo do que uma condição essencial ao ensino.

revolução, os fidalgos, os condes, marqueses e barões emigraram e fizeram-se torneiros, sapateiros, pintores e mestres de meninos. É provável que daqui a dez anos, com a fertilidade espantosa de nossas academias, o mesmo venha a suceder aos doutores (apud REZENDE, 1977:34).

Em “Sobrados e Mucambos”, como lembrado por VENÂNCIO FILHO (1982:273), Gilberto Freyre também atestou o crescente prestígio dos bacharéis e doutores.

Nos jornais, notícias e avisos sobre “Bacharéis formados”, “Doutores” e até “Senhores Estudantes”, principiaram desde os primeiros anos do século XIX a anunciar o novo poder aristocrático que se levantava, envolvido nas suas sobrecasacas e nas suas becas de seda preta, que nos bacharéis-ministros ou nos doutores-desembargadores, tornavam-se becas “ricamente bordadas e importadas do Oriente”. Vestes de mandarins. Trajos quase de casta.

1.2.1. Entre a balança e a espada

A procura pelos cursos jurídicos justificava-se numa época em que o trabalho manual ou mesmo as artes mecânicas recendiam a servilismo. O intelectualismo profissional era uma alternativa fascinante para uma juventude seduzida pela vida urbana, mais refinada e atraente do que o acanhamento das casas de engenho. A outra opção para deixar o interior era a carreira das armas.

As escolas jurídicas rivalizavam com as academias militares como forma de acesso de camadas da população desejosas de ascensão social, convergindo para o mesmo objetivo: a participação no núcleo do poder e uma garantia de futuro. Em verdade, a carreira militar tornou-se a opção residual dos desprovidos de meios pecuniários ou de padrinhos para freqüentar as faculdades de direito, resignada que estava a sociedade em admitir que aos bacharéis competia o pináculo da vida pública nacional. Além disso, eventuais insucessos ou refregas militares contribuíam para a preferência da alternativa civil (VENÂNCIO FILHO, 1982:273).

Os bacharéis preenchiam cargos na magistratura, no Ministério Público, tornavam-se políticos, diplomatas, filósofos, escritores,

jornalistas, pensadores etc. As faculdades de direito eram a “pepi-neira da elite política” ou, conforme Joaquim Nabuco, “ante-salas da Câmara” (VENÂNCIO FILHO, 1982:273).⁹ De alguma forma essa proeminência fazia sentido, haja vista a necessidade de construir normas impessoais para garantir ao país os ideais do liberalismo, afastados de toda idéia de arbítrio.

O lugar privilegiado dos bacharéis na vida nacional deixou entre os militares algum ressentimento. Em 1854, o jornal antigovernista “O Militar” publicou um editorial alertando aos “senhores legistas” que a usurpação do poder por eles praticada estava chegando ao fim. Em tom nacionalista, acusava-os de prejudicar a agricultura e o comércio, de criar um enredado de leis e regulamentos, de ignomínia contra a classe militar, de descrédito contra o clero, de corrupção. A crítica da caserna, conforme a interpretação de Sérgio Buarque de Holanda, era emulada pela doutrina positivista de Augusto Comte, ainda no seu apogeu, e chegou a um ponto de exasperação que os “legistas” passaram a ser identificados como “pedantocracia” ou “canalhocracia” (VENÂNCIO FILHO, 1982:279-280).

O ingresso de um bacharel na política era facilitado pelas ligações do pai, que arranjava para o filho recém formado um posto inicial como juiz municipal, juiz de direito, promotor público, delegado de polícia ou outro cargo menor em órgãos provinciais ou centrais. O centralismo favorecia as trocas de conveniência. A ascensão dependeria da habilidade do jovem bacharel, do seu talento, dos laços de casamento etc. Poderia chegar a desembargador, chefe de polícia ou presidente de província, cargos que normalmente eram trampolins para uma eleição à Câmara dos Deputados ou ao Senado. A rotatividade dos presidentes de província era muito alta. Em 67 anos de Império, houve em Minas Gerais 59 presidentes. A prevalência

⁹ Em expressão equivalente, Edgardo de Castro Rebelo disse que as faculdades, especialmente as de direito, eram consideradas ante-salas do parlamento, aduzindo que por ocasião da campanha abolicionista havia no país uma população inferior a três milhões de habitantes, dois milhões de escravos, não computando os seus descendentes – os ingênuos – que praticamente também viviam no cativeiro. Era assim muito reduzida a clientela das academias (VENÂNCIO FILHO, 1982:130).

classista na atividade política é atestada pelo fato de que, das 219 pessoas que ocuparam o cargo de Ministro do Império, 147 (67%) eram bacharéis em direito. A segunda classe mais expressiva foi a dos militares: 49 ministros ou 22,4%, seguindo-se seis médicos, um clérigo, um matemático, um engenheiro civil e sete não diplomados (VENÂNCIO FILHO, 1982:275).¹⁰

1.2.2. Crítica e elogio do bacharelismo

REALE (1976a:16) vê a origem do bacharelismo na falta de um instituto específico de filosofia, que fez convergir para os cursos jurídicos o debate intelectual da época. Os textos filosóficos, que na tradição coimbrã fundamentavam comentários com forte feição dogmática, em Olinda e São Paulo aos poucos foram substituídos por explicações dialéticas mais afeioadas a arrazoados, onde se insinuava a técnica de advogado.

O predomínio dos egressos dos cursos jurídicos na política e na vida pública em geral deixou suas marcas. A moldagem coimbrã do direito, continuada em Olinda e São Paulo, gerou dois modelos de atuação, definidos e diferenciados por Afonso Arinos de Melo Franco: o jurisdicismo e o bacharelismo. A marca do jurisdicismo é a abstração científica, tal como em Teixeira de Freitas, Lafayette, Bevilacqua, e mesmo em Tobias Barreto ou Pedro Lessa, apesar de seus temperamentos fortes. Todos são teóricos, apolíticos e amam a filosofia. O bacharelismo não é teórico, nem abstrato ou filosófico, aplica a técnica jurídica à realidade política.¹¹ Seu maior expoente é Rui Barbosa. Afonso Arinos associa ainda o conservadorismo aos bacharéis e o espírito inovador aos juristas. Os bacharéis são dotados de agudeza dedutiva, mais afeitos à lei do que ao Direito, no sentido da cristalização de uma experiência vivida – dando prevalência, talvez, ao

10 Dados extraídos pelo autor citado de PANG, Eul-Soo e SECKRINGER, Ron L. “The Mandarins of Imperial Brazil”. *Comparative Studies in Society and History*. University Press of California (mar 72), v. 14, n. 2:215-244).

11 Para Miguel REALE (1976a:16), o jurisconsulto move-se no campo objetivo da pesquisa científica. Já o bacharelismo caracteriza-se pela fertilidade das citações, habilmente concatenadas pelo autor em abono dos seus pontos de vista. A culminância do bacharelismo foi a *polêmica*, que se manifesta em Silvio Romero e em Tobias Barreto, por exemplo.

valor segurança. Os juristas têm maior capacidade indutiva, tendem à criação de direito novo, extraído da observação do complexo social (VENÂNCIO FILHO, 1982:291).

A tendência à abstração e à retórica ditou muitas vezes um descompasso entre as idéias teóricas da modernidade jurídica e a vida real do país, ensejando críticas como a de Alberto Torres, reproduzida por VENÂNCIO FILHO (1982:281):

(...) os homens públicos, doutos parlamentares e criteriosos administradores – não eram políticos nem estadistas; bordavam sobre a realidade da nossa vida, uma teia de discussões abstratas ou teóricas; digladiavam-se em torno de fórmulas constitucionais francesas ou inglesas; tratavam das eleições, discutiam teses jurídicas, cuidavam do exército, da armada, da instrução, das repartições, das secretarias das finanças, das relações exteriores, imitando ou transplantando instituições e princípios europeus. Sob a impetuosidade do primeiro monarca e o academicismo do segundo, o mecanismo governamental trabalhou sempre desorientado e sem guia, estranho às necessidades íntimas essenciais, do nosso meio físico e social.

O bacharelismo, porém, não é exclusividade dos bacharéis em direito. É antes um estilo de atuação, segundo Vamireh Chacon. Assim como o grau de bacharel foi sendo estendido a outras graduações acadêmicas, o estilo também se propagou, marcado pelo formalismo rebarbativo e pelo distanciamento retórico da pesquisa (VENÂNCIO FILHO, 1982:294).

REALE (1976: 235-237) faz a autocrítica da classe dos juristas, falando especialmente da escola de São Paulo: “Faltar-nos-ia espírito crítico se ocultássemos as épocas incolores que atravessamos, em triste descompasso com as aspirações populares, ou com os progressos da ciência (...)”. Mas também lhe sai em defesa, lembrando que da depressão que se seguiu ao desaparecimento do bandeirismo surgiram as Arcadas “como a bandeira imortal da cultura, dando início a uma tarefa de autoconsciência jurídica e autoconsciência histórica (...)”. Por isso, os juristas não têm motivos “para volver ao passado melancólico olhar de penitentes”, pois ajudaram a plasmar

a nacionalidade brasileira, asseguraram as condições de liberdade de iniciativa e de respeito à ordem jurídica, contrabalançaram ou mitigaram tendências militaristas e caudilhistas e rasgaram novos horizontes à cultura do país pelo sentido de universalidade que lhe infundiram (REALE, 1961:264-5).

1.3. O AMBIENTE ACADÊMICO E A INFLUÊNCIA DE JÚLIO FRANK NO SURGIMENTO DE RIBAS

O prestígio dos cursos jurídicos não foi imediato. Ao contrário. Segundo Clóvis Bevilacqua, Olinda e São Paulo eram “bisonhos arremedos de Coimbra” (VENÂNCIO FILHO, 1982:53). Almeida Júnior reconhece “que foi má, durante o século passado, a atuação propriamente dita das velhas Academias oficiais brasileiras”, fazendo um inventário das deficiências reinantes, não só nas nos cursos jurídicos, mas também nos de medicina, que se instalaram posteriormente no Rio de Janeiro e na Bahia:

(...) “instalações deficientes; mantendo suas cátedras, de regra, mal providas; primando a maior parte de vossos lentes pelo desamor à renovação científica, pelo desinteresse em relação aos alunos e pela falta de assiduidade; procuradas por moços geralmente sem preparo, sem gosto pelas matérias lecionadas, indóceis à disciplina; e subordinadas as suas bancas julgadoras à asfixiante pressão do meio social” (ALMAEIDA JÚNIOR, 1952:271).

As congregações foram constituídas por escolhas do governo, interferência política essa que certamente não representou um benefício para o ensino (BARRETO, 1922:80). Somente em 1831 é que se estabeleceu a prática dos concursos para o provimento dos cargos de professor, providência por si só insuficiente para elevar de imediato o nível do ensino, dominado que estava pelo sentido prático.

O ambiente do corpo docente muitas vezes se degradava. Ficou conhecida a inimizade entre o diretor, tenente-general José Arouche de Toledo Rendon, e Avelar Brotero, o primeiro lente do curso de São Paulo. Politicamente bem relacionado, Brotero foi nomeado pelo

Imperador em 6 de abril de 1826, antes mesmo da aprovação da lei de criação dos cursos jurídicos. No ano anterior voltara de Portugal, depois de se bacharelar em Coimbra em 1819. Não demorou a entrar em conflito com o diretor, a ponto de desvairá-lo. Não suportando mais o clima de inimizade, Toledo Rendon escreveu ao Ministro do Império pedindo demissão e classificando Brotero como “louco, capaz de atacar moinhos” (ALMEIDA NOGUEIRA, 1907:10). Inutilmente, pois não foi atendido e continuou no cargo. Brotero era atrapalhado nas aulas. Seus atropelos às palavras originou o adjetivo que o identificava: “broteradas”. Seguindo a recomendação dos Estatutos, redigiu o seu compêndio de Direito Natural, que sofreu pesadas críticas na Câmara dos Deputados e foi recusado pelas Congregações de São Paulo e de Olinda (VENÂNCIO FILHO, 1982:40).

Lavrava a desunião entre os lentes, o que ficou patente com a frustração da cerimônia de homenagem ao Imperador no dia do seu aniversário, em 1830, porque ninguém assumiu o encargo de pronunciar a oração de sapiência, a exemplo dos anos anteriores.

A incúria e o desleixo eram dominantes nas aulas e nos critérios de aprovação dos estudantes. Em 1931, o Ministro do Império, José Lino Coutinho, instou o diretor a respeito da voz pública sobre aprovações imerecidas, o que em resposta foi admitido como verdadeiro. Em 1833, Rendon denunciou outra vez à Regência a indulgência dos professores nos exames. As cartas de recomendação substituíam a contração aos estudos, penúria que só passavam os desamparados da sorte. No relatório de 1837, o diretor relatou a pouca assiduidade às aulas de lentes e de alunos. Contaram-se naquele ano trinta e quatro faltas de professores, além de licenças de três meses concedidas ao Dr. Brotero, de dois meses ao Prof. Cabral e de seis dias úteis ao Dr. Carneiro de Campos. No mesmo ano acumularam-se as aprovações *simpliciter*, especialmente de parte do Prof. Cabral. As aulas eram incertas, por ausência dos lentes. Em 1842, o mês de abril inteiro foi de férias para o primeiro ano (VENÂNCIO FILHO, 1982: 44 *passim*).¹²

¹² Apesar da falta de critério nas aprovações, o regime de São Paulo era tido como rigoroso,

O panorama particular da cadeira de Direito Civil Pátrio não destoava do ambiente geral do curso jurídico paulista. Era regente Veiga Cabral, “um perfeito esquisitão, (...) um misto singular de desequilíbrio e talento”, segundo VAMPRÉ (1977[1]:106). Relata o autor citado que o Dr. Veiga Cabral não era muito assíduo às aulas e quando comparecia tinha preguiça de ensinar. Era desafeto de Avelar Brotero. Este, certa feita, sugeriu a D. Pedro II, que se encontrava em São Paulo, que assistisse a uma aula de Veiga Cabral. O imperador compareceu à Academia, mas ao contrário da expectativa, ouviu brilhante preleção do lente, cujos atributos de inteligência e cultura eram respeitados. Todavia, acumulava defeitos pessoais, como o racismo declarado e ativo, tanto que discriminava alunos de cor. Era injusto nas avaliações, reprovando indistintamente alunos bons e relapsos ou distribuindo aprovações sem qualquer critério. Discípulo fiel de Melo Freire, recusava qualquer outro compêndio: “Lobão nem ler! Liz Teixeira nem ter!”

Ficou lendária a história do seu casamento. Não era casado, nem solteiro, nem viúvo, segundo ALMEIDA NOGUEIRA (1907: 35). Pediu a mão da filha do diretor, Toledo Rendon. Na noite das núpcias, tomado de arrependimento, após horas de hesitação, não entrou no quarto nupcial: pela janela ganhou a rua, abandonando a mulher que acabara de esposar e cujo casamento nunca consumou. Teve prole numa união concubinária.

Numa ocasião, Veiga Cabral tomava parte com Ribas numa mesa de exames preparatórios. Quando Ribas dispunha-se a manifestar a sua avaliação, Veiga Cabral interrompeu-o, dizendo inapelavelmente estarem todos reprovados. No dia seguinte, diante de alunos mais fracos, Ribas antecipou-se em declará-los igualmente reprovados, de acordo com o critério do dia anterior. Surpreendentemente, o intempestivo lente declarou todos aprovados, não por justiça, disse, mas para demonstrar independência (VAMPRÉ, 1977[1]:109).

comparado com a maior indulgência reinante em Olinda. Estudantes paulistas desesperançados de aprovação, costumavam demandar a Pernambuco em busca de melhor sorte. Em 1861, essa migração chegou ao número de noventa e quatro (Barbosa Lima Sobrinho, *apud* VENÂNCIO FILHO, 1982:129).

Nesse quadro desorganizado, o posterior surgimento de Ribas representaria valiosa contribuição para o futuro das Arcadas.

Enquanto esses fatos ocorriam com os professores, os alunos levavam intensa vida acadêmica, mas nem sempre estudando. São Paulo ainda era uma pequena cidade. Movimentada na época das aulas pelo bulício da juventude, era acanhada e monótona durante as férias. A presença dos estudantes transforma Olinda e São Paulo em cidades universitárias *par droit de conquête* (ALMEIDA JÚNIOR, 1952:274). A vida acadêmica desenvolvia-se freqüentemente mais fora da faculdade do que dentro. Eram as pugnas intelectuais que mais interessavam aos estudantes, geralmente com sabor de política. Em 1860, em visita à Faculdade de São Paulo, um barão suíço, João Jacob Von Tschudi, observou que “entre os estudantes, cujo número chega a 500 mais ou menos, reina animada atividade, e o campo predileto são as belas letras e a publicação de artigos políticos. Seria melhor que, em lugar da política, que tão cedo preocupa os jovens cérebros com suas discussões, fosse dedicada atenção aos livros didáticos” (REZENDE, 1977:63-4).

Outra atividade intensamente desenvolvida era o jornalismo acadêmico, em feição literária ou política, sendo muito diversificados os títulos que circularam, com a participação de muitos estudantes que se tornaram figuras célebres no cenário nacional.¹³

Davam atenção ainda os estudantes de direito à poesia, ao teatro, à oratória, participavam de grêmios literários e políticos, das lojas maçônicas e das sociedades secretas. Dentre estas, encontrava-se a “Bucha”, nome derivado do alemão *Burschenschaft* (liga de estudantes). A entidade foi fundada por Júlio Frank por volta de 1830, com a intenção de auxiliar estudantes pobres. Os vínculos entre os seus membros permaneceriam além da vida acadêmica, cogitando-se que muitos cargos públicos foram preenchidos sob sua influência.¹⁴ Os

¹³ Para um extenso inventário do jornalismo acadêmico, v. VENÂNCIO FILHO, 1982:136-140.

¹⁴ Afonso Arinos sugeriu a realização de uma pesquisa que comprovasse as ligações entre a *Burschenschaft* paulista e o acesso aos mais altos postos políticos desde o Império. Pertenceram à Bucha em diferentes épocas Francisco Otaviano, Ouro Preto, Rui Barbosa, Assis Brasil, Rodrigues Alves, Afonso Penas, Rio Branco, Pinheiro Machado, Campos Sales, João Pinhei-

seus membros seriam escolhidos à revelia, consideradas as qualidades de inteligência e caráter, cabendo a chefia a um aluno do último ano (VENÂNCIO FILHO, 1982:149).

1.3.1. Júlio Frank e a “Bucha”

Júlio Frank,¹⁵ o fundador da Bucha, foi certamente figura de-

ro, Afonso Arinos, Pedro Lessa, Venceslau Brás, Bernardino de Campos, David Campista, Washington Luis, Afrânio de Melo Franco, Antônio Carlos, Altino Arantes, Artur Bernardes, Vergueiro Steidel, Macedo Soares, entre outros. A sociedade teria servido à causa republicana, guardando fidelidade às tradições européias (VENÂNCIO FILHO, 1982:149).

- 15 Há notas desconstruídas sobre a vida de Júlio Frank. Para alguns consta ter nascido na Saxônia, Alemanha, em 1809. Teria fugido de sua terra natal e trocado de nome, com medo de perseguição política motivada pelo crime de seu irmão, Karl Sand, que foi decapitado pela morte do escritor Kotzebü (VENÂNCIO FILHO, *apud* Almeida Nogueira, 1892:62). Vale a pena conhecer seus dados biográficos. A síntese que se segue foi inteiramente extraída do livro de Afonso SCHMIDT, “*A Sombra de Júlio Frank*” (São Paulo: Anchieta, 1942). Júlio Frank foi batizado em Gotha, Alemanha, com o nome de João Júlio Godofredo Luiz Frank, em 8 de dezembro de 1808, como filho mais velho do encadernador Carlos Frederico Frank e de Carlota Frederica Herlau. Na verdade, fora recebido na noite anterior pelo duque de Ernestina, a pedido de amigos, para que fosse entregue a quem pudesse criá-lo. Era criança de linhagem nobre, cuja paternidade não podia ser revelada. Foi criado pelo casal, inicialmente com a expectativa de uma futura recompensa. Como a mesma tardava e com a chegada da prole legítima, constituída de cinco crianças, o pequeno Júlio passou a ser esconrado. Ele, por sua vez, revelou-se inteligentíssimo, o melhor aluno da escola, mas também o mais travesso. Aos doze anos pregou uma peça num subinquilino do pai adotivo e simplesmente foi posto de casa para a rua. Passou a viver sem parada certa, contando com a benevolência de um e de outro, inclusive da mãe, às escondidas do pai, e com o apoio financeiro do conselheiro do duque, Weishaupt, que lhe pagava os estudos e a roupa. Entremontes, continuava a destacar-se nos estudos por seu brilhantismo. E por essa razão atraiu também o auxílio de uma *Burschenschaft*. Sempre financiado por Weishaupt, frequentou a Universidade de Goetingen, onde mais uma vez destacou-se. Começou a dar aulas particulares, chegando a amealhar soma de dinheiro incomum para um estudante. Prosperava, quando deu emprego a um antigo amigo. O sucesso fez-lhe mal, começou a gastar mais do que tinha. Endividou-se. Completou a sua derrocada a traição de um amigo a quem empregara, que além de furtar-lhe o dinheiro que restava, acusou-o falsamente na polícia de vários crimes, pensando em livrar-se de sua provável perseguição. Weishaupt deixou de ajudá-lo. Informado de que seria expulso da Universidade, saiu de Goetingen e foi para Berlin, esperanoso de concluir o curso universitário de filosofia. Tinha 20 anos. Não conseguia ingressar na Universidade em Berlin, porque havia exigência de papéis e de atestados de boa conduta de que ele não dispunha. Resolveu pedir ajuda ao conselheiro da Universidade de Goetingen que mandara avisá-lo da provável expulsão. Escreveu-lhe, recebendo como resposta algum dinheiro e a indicação de que procurasse alguém em Hamburgo que o encaminharia para o Rio de Janeiro. Não viu escolha. Estava entrando numa aventura sem volta. No navio, foi posto a trabalhar a ponto de ficar com as mãos cheias de feridas. Não suportando mais o padecimento, recusou-se a atender novas ordens, sendo encarcerado no porão, de onde só saiu depois de muitos dias para novos trabalhos forçados. Na chegada à baía do Rio de Janeiro, enfurecido contra o mestre, seu algoz na viagem, deu-lhe uma bofetada vingativa. Caíram-lhe em cima diversos marujos, que além de esmurramem-no, puseram-no de volta no porão. No desembarque, foi levado preso, acusado de insubordinação, e recolhido a uma fortificação militar. Em poucas semanas conseguiu comunicar-se em português e convenceu os carcereiros de que chegara como passageiro, não podendo ser acusado de insubordinação. Conquistou a admiração de todos, sendo-lhe franqueada a biblioteca, até ser posto em liberdade. Caminhando no rumo da cidade, deu numa hospedaria, onde foi acolhido em troca de trabalho. Ali ficou até uma certa noite em que apareceram dois estudantes de São Paulo em visita à Corte. Pondo-se a conversar com eles, ajudou-os a fugir de uma briga que lhes foi provocada. Sabedores da sua situação, os estudantes convidaram-no para acompanhá-

cisiva na vida de Ribas.

A sociedade secreta nasceu da preocupação, externada por Vicente Pires da Mota numa república de estudantes, com a sorte de rapazes inteligentes mas pobres, que vinham do interior desprovidos de recursos para se manterem em São Paulo durante os estudos. Júlio Frank sugeriu que se fizesse como na Alemanha, fundando-se uma associação com a finalidade de prestar auxílio aos colegas carentes. Explicou que essas entidades eram seculares e que se mantinham secretas para não vexar os favorecidos. A idéia acabou vingando, pois além de altruísta era cativante, dado o seu caráter secreto. Como na Alemanha o nome genérico dessas entidades era *Burschenschaft*, optaram por manter essa designação, que contribuía para uma aura de mistério. Com o tempo, e devido à pouca familiaridade da língua alemã, a pronúncia foi abreviada para “Bucha”. Para poder atuar desabridamente, resolveram criar uma entidade que propiciasse a arrecadação de fundos, surgindo a Sociedade Filantrópica, destinada à assistência judiciária. A entidade logo conquistou a simpatia de muitos, carreando mensalidades, jóias e recursos arrecadados em promoções. Poucos

-los, o que ele aceitou. Naquela mesma noite iniciou-se uma cavalcada até São Paulo. Acabou em Sorocaba, terra da família de dois irmãos companheiros de viagem. Foi trabalhar numa casa de fundição de ferro, na localidade de Ipanema, onde aproximou-se dos escravos, curioso pelos cultos africanos. Despertou assim a antipatia dos brancos. Uma noite compareceu a um ritual e foi despedido. Tomou o caminho de volta para Sorocaba, mas errando o rumo, chegou a Campo Largo, onde arrumou emprego numa venda como caixeiro. O proprietário ausentava-se longamente para ir a São Paulo, deixando o estabelecimento aos cuidados de Frank. Este começou a fazer fama de sabido e os estudantes passaram a procurá-lo, o que afugentou os bebedores habituais. Um certo dia, o vendedor anunciou que fecharia a venda. Preocupados com o desemprego de Frank, os estudantes arrumaram-lhe a abertura de uma escola, em sala alugada ao boticário da vila. Alguns desses estudantes destinavam-se a prestar exames no curso anexo à Faculdade de Direito de São Paulo e tiveram a idéia de levar Frank consigo, para dar-lhes assistência, conseguindo a anuência dos pais. Foi assim que Frank chegou a São Paulo, onde se instalou com aulas ministradas numa república de estudantes. No ano seguinte novamente preparou candidatos ao curso anexo, que se saíram airoso. Seu nome já era conhecido e despertou o interesse do diretor Rendon. Conversaram e fizeram amizade. A essa altura, a bebida começou a dominá-lo. Um dia, os estudantes disseram-lhe que estava vago o cargo de professor de história do curso anexo e resolveram inscrevê-lo no concurso. Impuseram-lhe uma abstinência de quarenta dias, o que demonstrou o seu decaimento. Mesmo assim, prestou o exame e foi aprovado. Foi nomeado no dia 7 de julho de 1834. Morreu em junho de 1841, vítima de pneumonia. Como não era católico, não podia ser enterrado no adro de uma igreja, como era costume, e seus amigos não queriam permitir que o fosse em um cemitério, como um mendigo. Pimenta Bueno lembrou-se de uma profecia de Júlio Frank, que lhe dissera que um dia colocaria uma flor em seu túmulo, no pátio da Faculdade. A idéia foi acolhida pelo diretor interino, Avelar Brotero, que logrou convencer o bispo. Frank foi levado à sepultura sob as arcadas. Na sua lápide foi grafado erroneamente 1809 como o ano do seu nascimento, que efetivamente ocorreu um ano antes. Lá se encontra o sepulcro até hoje.

sabiam que a Sociedade Filantrópica alimentava a Bucha. Esta, por sua vez, se transformaria numa sociedade de ex-alunos que fossem deixando a vida acadêmica, os quais poderiam permanecer auxiliando-se mutuamente pela vida afora.¹⁶

1.3.2. Ribas, discípulo de Frank

Ribas era um dos pupilos de Frank quando vagou o cargo de professor do curso anexo. Certamente participou dos preparativos ao exame, ajudando a manter a abstinência do mestre. Schmidt refere Ribas pela primeira vez quando descreve a manhã do concurso. Frank havia passado a noite em claro. A abstinência colocara-o num estado de submissão e passividade. Permanecia sentado, se assim o deixassem, deitava-se assim o dispusessem. Mas não pregava o olho, nem os movia. Não falava, nem se alimentava. Alguns ficaram com ele em vigília e compuseram-no logo de manhã, já desanimados com a idéia do concurso. Outros vieram buscá-lo, fazendo ouvir da rua a sua chegada barulhenta. Um dos rapazes olhou pela janela da sala e anunciou a Frank que eram “o Ourique, o Alvim, o Ildefonso, o Ribas e quasi todos os nossos” (SCHMIDT, 1942:190).

Era o ano de 1834. Certamente Ribas estava preparando com Frank o seu exame de admissão ao curso anexo, onde ingressou em 1835.

Outro episódio em que Ribas se faz presente na narrativa de Schmidt é o da morte de Frank. O alemão vinha mantendo mancebia com uma moça que conhecera num baile particular. Chamava-se Filipina, também de origem germânica. Tiveram uma menina, chamada Barbara, então com dois anos. Em agonia, Frank revelou o seu segredo, que em parte já era conhecido, manifestando o desejo de ver a concubina e a filha. Ribas foi buscá-las no beco da Lapa para a última despedida.

A influência de Frank sobre Ribas manifesta-se na cultura que lhe transmitiu e na organização do pensamento. Um dos pontos altos

16 Para o histórico da Bucha, v. SCHMIDT, 1942:172-181.

da obra de Ribas é a sua perspectiva histórica, integrando o direito às suas épocas, associando-o sempre à realidade e dando-lhe o sentido prático da efetividade social.

(...) o direito não é por certo uma criação da vontade geral, ou da lei, como ensinam Rousseau e Bentham; nem uma espécie de vegetação que brota espontânea e inscientemente no meio da sociedade, que instintivamente se modifica e se transforma nos costumes nacionais.

A humanidade acha na razão o direito como noção fundamental, que esclarece os labirintos da vida, que coordena e sustenta a sociedade; como tipo inalterável, ideia hiper-humana, com o qual ela compara os atos de todos os agentes livres, os costumes nacionais, os julga e os condena ou absolve.

É verdade que este ideal não é um código desenvolvido, ou complexo de instituições, que todos os povos e em todos os tempos possam executar do mesmo modo. Não por certo: é um princípio geral que todos devem realizar historicamente, isto é, cada um segundo as suas condições próprias, e o grau de desenvolvimento a que houver atingido nas varias esferas da sua atividade. Os progressos do direito consistem, pois, na lenta atenuação do elemento individual, na sua progressiva homogeneização, na sua perene tendência à fusão no elemento geral, sem quem porém, jamais se extingam completamente os caracteres e a energia da vida individual-nacional.

Deve-se a Frank também o preparo de Ribas em línguas (latim, grego, francês, inglês e alemão), o que lhe valeu uma alçada excepcional na compreensão do direito alienígena e do seu historicismo.

Finalmente, a organização mental transmitida por Frank permitiu a Ribas compor uma obra sistemática, com apurado senso de observação e capacidade crítica, postas a serviço de uma noção instrumental do direito.

O jurisconsulto pode ter dois fins em vista, ou o mero conhecimento do direito como sistema científico, ou a aplicação dos seus preceitos à vida real, daí a distinção dos dois elementos teórico e pratico. Pode-se, e tem-se tentado estabelecer uma teoria dessa pratica, mas o seu estudo, além de ingrato, não pode deixar de ser estéril, se não fizer-se dele aplicação à vida real; a teoria da pratica só pela pratica se pode convincentemente aprender.

É esta quem desenvolve o senso jurídico ou a aptidão a bem apreender e apreciar os factos ocorrentes, a combinar os princípios do direito, e a deduzir deles a regra aplicável a estes factos, de modo a proferir-se um juízo seguro e a revesti-lo de formas persuasivas e claras.

Ao primeiro aspecto os factos de ordinário parecem subordinarem-se a certos princípios jurídicos; porém, à proporção que melhor os estudamos, e atendemos às circunstâncias que os cercam, estes princípios vão-se modificando, e só definitivamente se fixam, quando temos encarado o facto por todos os seus aspectos, em todas as suas relações, no complexo de todos os seus elementos (CDCB:54).¹⁷

2. RIBAS E O DESPONTAR DA CIVILÍSTICA BRASILEIRA

A obra literária de Antônio Joaquim Ribas vem a lume entre 1860 e 1880. Vivia-se a época imperial. No panorama jurídico ocorre em 1857 a Consolidação através de Teixeira de Freitas, que também publicaria o seu Esboço em 1860.

Pedro DUTRA (1992:32 ss) divide a literatura jurídica do império em quatro períodos, colocando Ribas no fecho da penúltima seriação. Quem inaugurou as letras jurídicas nacionais foi Cairu, em 1798, com “Princípios do Direito Mercantil e Leis da Marinha”. Incluem-se nessa etapa pioneira Carneiro de Campos, os irmãos Andrada (José Bonifácio, Antônio Carlos e Martim Francisco) e José Clemente Pereira. O primeiro período encerra-se com a instalação dos cursos jurídicos, em 1827. O segundo período vai até a promulgação do Código Comercial, em 1850, passando por Bernardo Pereira de Vasconcelos, Alves Branco e Paulino José Soares de Souza. O terceiro período é bem mais fértil. Começa acanhado com Avelar Brotero e Autran Albuquerque, e segue com Trigo de Loureiro, Souza Pinto, Pimenta Bueno, Paula Batista, Ramalho, Paulino José Soares de Souza, Zacharias de Góes e Vasconcelos, Braz Florentino, até encontrar as figuras exponenciais de Tobias Barreto e Teixeira de Freitas. Tem ainda Perdigão Malheiro, Antonio Pereira Pinto e Crispiniano Soares. Encerra-se justamente com

17 A abreviatura refere-se a “Curso de Direito Civil Brasileiro” e o número à página correspondente da terceira edição.

Antônio Joaquim Ribas. O último ciclo imperial tem em Lafayette Rodrigues Pereira sua primeira grande expressão, incluindo Nabuco de Araújo, Cândido Mendes de Almeida e Rui Barbosa.

Ribas representa uma renovação nas letras jurídicas nacionais. Foi dos primeiros a ter contato com os expositores franceses do Código Civil e com a obra de Savigny, rompendo o ciclo de Mello Freire e Merlin. Certamente é figura menor do que Tobias Barreto e Teixeira de Freitas, mas distingue-se dos dois. Tobias exprimiu sua genialidade fragmentariamente, avesso que era ao esforço tenaz e continuado, indispensável a um sistematizador. Teixeira tinha de sobra as qualidades que faltavam a Tobias. Era perfeccionista. Foi um grande codificador. Ribas não tinha as intuições de genialidade do primeiro, nem o apuro técnico do segundo. Ribas foi um doutrinador, talvez não mais do que um transmissor do saber convencional, mas numa época em que ainda era rarefeita a cultura do direito como ciência. Nesse passo, foi um burilador do pensamento e um sistematizador do direito civil, integrando-o desde as fontes até a disciplina legal.

2.1. As influências do pandectismo e da escola da exegese

Tendo havido a promulgação do Código de Napoleão em 1804 e florescendo na Alemanha a escola histórica, Ribas mostra-se atualizado com essas tendências e reflete as influências de ambas em pontos alternados do seu pensamento. A evolução do direito nacional também é caudatária das idéias alienígenas, embora tenha resistido inicialmente à invasão do espírito revolucionário francês, preferindo o conservadorismo lusitano à proposição do individualismo – o que não durou muito, é certo, já que em seguida surgiria Bevilacqua. Sobre o pano de fundo da história sintetizada a seguir, da época colonial ao período imperial, se buscarão identificar as posições de Ribas entre as correntes de pensamento do seu tempo.

2.1.1. O quadro de fundo da história

Por razões óbvias, o Brasil teve uma história jurídica em comum com Portugal até o momento da independência. O Grito

do Ipiranga coincidiu com o início, em Portugal, de um período de reforma da legislação, sob o impacto do liberalismo. As tradições romanistas sofreram um certo detrimento, em grande parte, segundo BRAGA DA CRUZ (1955:51), devido à falta de uma firme orientação filosófica no embate das instituições tradicionais do direito lusitano com as novas idéias políticas, sociais e econômicas. Tal desorientação foi mais sentida em Portugal, que estava mais próximo dos países reformadores do que o remoto Brasil.

Aqui, a lei de 20 de outubro de 1823 manteve em vigência as Ordenações e as demais leis portuguesas promulgadas até 25 de abril de 1821, enquanto não fosse organizado um código nacional, conforme a Constituição de 1824 determinava. Desse modo, as Ordenações permaneceram em vigor no Brasil, mesmo depois de revogadas em Portugal. A vigência das leis portuguesas entre nós por mais de 300 anos, segundo o Professor Couto e Silva, determinou o desenvolvimento orgânico do direito civil brasileiro nos moldes do centralismo jurídico português, inaugurado com as Ordenações Manuelinas, nas quais se infundiu o direito romano como direito subsidiário, decaindo o direito local e consuetudinário (COUTO E SILVA, 1997:11-12).

Abstraído o Código Comercial de 1850, cuja gênese é um quadro à parte, e que não interferiu com o desenvolvimento da civilística brasileira,¹⁸ o primeiro fato determinante de uma nova dinâmica legislativa no nosso país foi a Consolidação das Leis Cíveis, levada a efeito por Teixeira de Freitas em 1857. A Consolidação refundiu as Ordenações e demais leis extravagantes, conferindo segurança jurídica no emaranhado normativo reinante, que sequer permitia certeza sobre o direito vigente.

O trabalho de Teixeira de Freitas guardou fidelidade ao teor dos textos, abstendo-se de inovações criativas. Essa característica, que é vista como um traço conservador, foi responsável pela preservação no nosso direito da tradição portuguesa de origem romana

18 O divórcio entre o Código Comercial de 1850 e o direito civil era tão grande que o art. 157, nº 3, previa a morte civil, instituto que não existia em nosso direito. A observação foi feita por Teixeira de Freitas e referida por Plínio BARRETO (1922:68).

(ALVES, 1993:194). O caráter conservador da Consolidação, observou BRAGA DA CRUZ (1955:65), vinha já das instruções do governo brasileiro, que recomendavam a reprodução clara e sucinta das Ordenações, e encontrava ressonância no próprio pensamento de Teixeira de Freitas, como evidencia a crítica que fez no prefácio ao abuso cometido por muitos juristas, que se desviavam dos textos legislativos com o pretexto da boa razão.

De outra parte, Teixeira de Freitas foi pioneiro em adotar a sistemática preconizada pela pandectística alemã, com uma divisão em parte geral, reunindo os elementos constitutivos do direito subjetivo, e em parte especial, contendo as regras referentes aos direitos subjetivos em espécie.

A influência no Brasil dos novos doutrinadores do individualismo também se fazia sentir, haja vista a divulgação das obras de Gouveia Pinto, Coelho da Rocha e Correia Teles, inclusive a proposta de adoção do Digesto Português, de autoria de Correia Teles, como código civil brasileiro, em 1851, rejeitada pela Ordem dos Advogados. Nesse primeiro momento da edificação legislativa brasileira prevaleceu, todavia, o caráter conservador imprimido à Consolidação.

O Código Civil francês foi considerado uma ruptura com o passado e passou a ser estudado como algo novo, merecedor de uma exegese própria. Não se estudava mais o direito civil, mas sim o código civil. Os livros franceses passaram a ser apenas manuais de exegese da estrita dicção do código (MARTINS-COSTA, 1999:193).

Para a escola da exegese, todo o direito está na lei e sua fonte única é o Estado. As idéias básicas são estatismo e racionalismo. Sob a influência de Kant, Saint-Simon e Comte, as teorias da escola da exegese consagraram-se como um positivismo legal (FERREIRA, 1950:515). A univocidade da lei não decorre da sua racionalidade, mas porque promana do legislador. Enquanto sistema, o ordenamento jurídico não contém lacunas ou ambigüidades. As regras são proposições claras e a clareza não comporta interpretação. O juiz deve suprir as eventuais lacunas da lei apenas pela via do raciocínio lógico,

preservando a segurança jurídica. Na busca do sentido e do alcance dos textos legais, deve predominar a intenção do legislador.

Na Alemanha, porém, o positivismo conviveu com o pandectismo. As codificações do início do século (França, Prússia, Bavária) não vingaram na parte central dos Estados germânicos, onde continuou predominando o *ius comune*, ou seja, o direito romano atualizado pela pandectística. Mesmo derrotado na sua célebre polêmica sobre a codificação com Thibaut, Savigny com seu Sistema exerceu grande influência. Não só Teixeira de Freitas a recebeu no Brasil, mas também Bevilacqua. O autor do projeto do Código Civil conhecia o direito de outros países, pois era professor de Legislação Estrangeira, sendo essa uma razão da mescla de influências que o seu trabalho refletiu.

Cláudia Lima MARQUES (1997:14) identifica no direito civil brasileiro quatro fontes principais: a) o direito português, através de uma recepção forçada, que trouxe incorporados o direito romano (isto é, o *ius comune* europeu, do *Corpus Iuris Civilis*, trabalhado pelos glosadores e pós-glosadores) e o direito canônico; b) o convívio dos juristas brasileiros com o direito das chamadas “nações civilizadas” e com o *usus modernus pandectarum*, decorrente da aplicação da Lei da Boa Razão, o que transformou o direito comparado em tradicional meio de interpretação e atualização das leis;¹⁹ c) a valorização dos costumes, estabelecendo uma vinculação voluntária do juiz à jurisprudência pacificada ou costumeira dos tribunais superiores, tradição que vem dos Assentos da Casa de Suplicação e persiste com a elaboração de Súmulas; d) as influências de ordem política no momento da formação do nosso direito civil, originando um ecletismo jurídico: de um lado, a influência francesa sobre o projeto Bevilacqua, para a qual foi decisiva o fato de a sua elaboração ter ocorrido depois da proclamação da República, uma vez que os projetos anteriores, que remontavam ao tempo do Império, resistiram à força atrativa do Código de Napoleão,

19 Segundo PONTES DE MIRANDA, das flutuações entre o racionalismo e os usos modernos “nos veio o lucro da legislação comparada, o arejamento da discussão doutrinária” (1982:74).

de cunho revolucionário e republicano; de outro lado, a influência norte-americana sobre a primeira constituição da República.

A boa razão, segundo Clóvis do Couto e Silva, operou como uma espécie de cláusula geral, permitindo que a jurisprudência agisse com maior liberdade, deixando o gosto aos juristas portugueses e brasileiros de argumentar com as opiniões de autores e textos estrangeiros. “Esse intercâmbio de idéias pode ser considerado como uma permanente recepção do Direito estrangeiro, com o que se supera o fatal imobilismo dos códigos” (COUTO E SILVA, 1997:21).

2.1.2. As influências em Ribas e a formação do seu pensamento

Três elementos podem ser postos em relevo na análise da estrutura do pensamento de Ribas: o filosófico, o religioso e o histórico.

A primeira influência a ser assinalada em Ribas é a de Kant. A definição do seu pensamento jurídico não prescinde da idéia do imperativo categórico, apesar de nenhuma vez ser citado o grande filósofo alemão – censura que não se individualiza em Ribas. A elite brasileira custou a manter contato direto com as fontes do pensamento kantiano, e de resto, segundo Miguel REALE (1950), ela não estava preparada para a compreensão plena dos valores gnoseológico-científicos do criticismo, o que não a impediu de apreender o aspecto ético e idealista da doutrina de Kant e a formulação liberal do seu pensamento político, conforme as obras francesas que mediavam o conhecimento das suas idéias.²⁰

O jusnaturalismo racionalista aparece com nitidez em Ribas:

20 É imprecisa a história da transmissão das idéias de Kant no Brasil. Já em 1808 o Padre Francisco de Paula e Oliveira ministrava em São Paulo aulas sobre Kant, tendo sido um dos seus discípulos Diogo Antônio Feijó, que se preparava para receber as ordens sacerdotais, e que mais tarde deixaria alinhavadas anotações preparatórias de um compêndio, divulgadas por REALE, sob a denominação de *Cadernos de Filosofia*. Feijó teria tomado contato com Kant através de autores franceses, como Villers, Degerando e Madame Stael. A intermediação de Villers foi confirmada por dois cientistas alemães (J. B. von Spix e C. F. P. Martius), que em 1818 passaram por São Paulo e testemunharam o ensino do kantismo através de sua obra, traduzida para o português (REALE, 1976a: 31 ss.). MOTTA FILHO (1955:186) cogita que a associação das idéias de Kant com o protestantismo possa ter prejudicado a inicial difusão do seu pensamento no Brasil. Tendo Frank iniciado o seu curso de filosofia em Goetingen aproximadamente em 1825, certamente estudou Kant, cujas idéias disseminou entre seus alunos paulistas.

O direito pode ser considerado como princípio exterior ao homem, independente da sua opinião e da sua vontade, isto é, como regra que nos é imposta, e que determina a harmonia das relações humanas; ou como princípio que se realiza em nós, que modifica a nossa vontade, que protege, avivanta e santifica a nossa livre atividade dentro de certa esfera, ao mesmo tempo que a restringe além dela; daí a divisão do direito em objetivo e subjetivo (CDCB:25).

O direito também se divide em racional e positivo, segundo o seu fundamento ou o modo como se nos manifesta. Com efeito, *o homem descobre em sua própria consciência a noção do direito, e a razão, aplicando este princípio às múltiplas relações humanas, a formula em preceitos práticos, que não tem outra autoridade além da própria razão*. Quando, porém, estes preceitos, mais ou menos modificados, se generalizam e recebem a sanção dos costumes seculares do povo, ou a da autoridade moral e material do legislador, tomam diverso caráter e se denominam positivos (1905:23).

Uma segunda influência a ser assinalada é a religiosa.²¹

Ribas corrobora essa influência, ao discorrer sobre a noção filosófica do direito e as suas formas de manifestação:

“Mas, além desta manifestação histórica, ella revela-se á nossa consciência como afirmação múltipla, já da razão espontânea e refletida, já do sentimento e do dogmatismo religioso” (CDCB:9).

A influência religiosa volta a manifestar-se logo adiante, a ponto de considerar o direito emanação divina. E matiza essa influência com a fé católica:

Também o direito pode ser considerado elemento essencial das religiões. Na verdade, em todos os cultos, desde o único verdadeiro – o catolicismo – até os mais grosseiros e informes, Deus se nos apresenta sempre como o supremo legislador, a fonte de todo o bem e da verdadeira justiça, e os grandes instituidores dos povos primitivos procurarão sempre colocar sua obra legislativa sobre (sic) a proteção da sanção divina (CDCB:11).²²

21 Para Mário Júlio de Almeida COSTA, a família romano-germânica carrega um terceiro contributo, além dos elementos genéticos que a identificam. É o elemento cristão, que a par da influência que exerceu sobre o direito romano, impôs a sua ética à civilização europeia ocidental, modelando a consciência jurídica ainda que de modo imperceptível ou mesmo sendo renegado (1980:107).

22 É incluída a citação, nesse trecho, de Benjamin Constant (*De la religion*).

Apressa-se, contudo, em ressaltar que não pretende restaurar a escola sentimentalista, tampouco acolhe em sua integralidade a escola histórica, esclarecendo:

A noção de direito é por certo eminentemente racional, mas é incontestável que ela se reflete no sentimento, que é roborada pela religião, que vive e se desenvolve na historia; são fórmulas diversas de promulgação, de que se serviço o divino legislador da humanidade, para que suas leis sejam bem conhecidas dos seres inteligentes e livres (sic), para quem foram decretadas (CDCB:12).

Com efeito, em presença dos atos humanos, aparece espontaneamente na razão, a idéia do direito, com um princípio qualificador desses atos e sentimos a necessidade irresistível de julgá-los, segundo este princípio, – como justos ou injustos (CDCB:9).²³

Mas esta afirmação da razão espontânea encontra na reflexão seguro apoio; por uma série de argumentos rigorosos, esta chega a demonstrar incontestavelmente a verdade daquela afirmação (CDCB:9).

O terceiro elemento formador do pensamento jurídico de Ribas é o historicismo, recebido dos juristas alemães. Afirma:

O direito manifesta-se na historia como uma força viva, que germina no seio dos povos desde a sua idade primitiva, que se desenvolve e transforma no tempo e no espaço segundo uma lei de logicas evoluções (CDCB:8).

Dá grande importância ao estudo da historia do direito como ciência auxiliar:

Pois que o direito não é arbitrariamente inventado pelo legislador, e sim constituído historicamente pela evolução logica das formas, é manifesto que não se poderá bem compreende-lo no seu estado atual sem recorrer-se aos estados anteriores (CDCB:52).

Aplicando a teoria à prática, Ribas revela grande desembaraço ao bosquejar a história da jurisprudência lusitana e brasileira. O assunto é abordado no painel mais amplo da literatura jurídica, que consubstancia o quinto título da parte introdutória do seu livro. Em dois capítulos, trata da jurisprudência romana e da moderna. Desenvolve o

23 Apoia essa afirmativa em Coulin, em Ahrens e em Thiercelin.

primeiro tema em monobloco e o segundo subdivide em três parágrafos, separando inicialmente os civilistas estrangeiros e depois os pátrios, anteriores e posteriores à compilação filipina. Ampara os escritos sobre os estrangeiros em muitas notas de rodapé, em que cita Vinnius, Papiu, Pompônio, Gravina, Hugo, Mackeldey, Maynz, Falck, Fresquet, Eschbach e Savigny. As citações prosseguem abundantes no capítulo seguinte, em que são destacadas as escolas de Irnério, Acúrsio, Bártolo e Cujas, com menção especial a Alciati. De cada uma, faz um inventário de seus principais expoentes e sintetiza as idéias. Registra o declínio do estudo do direito romano na França no século XVII e o simultâneo prestígio do direito consuetudinário. Consigna inequivocamente sua admiração pela Alemanha, “destinada a exceder todas as nações modernas na cultura do Direito”, onde na segunda metade do século XVIII a ciência do direito “tomou grande ala, graças à difusão da philosophia Wolfiana, aos progressos da philologia e da critica historica”. E “o seculo XIX veio dar o sceptro da literatura juridica á Allemanha, e especialmente á universidade de Goettingem”. Mas não olvida que “a França apresenta também distinctos cultores do Direito Romano e commenatdores de seus Codigos”, aludindo a Delvincourt, Ortolan, Duvergier, Demolombe, Tropolong, entre outros (CDCB:204-206). Menciona os doutrinadores em maior evidência na Alemanha (Hugo, Savigny, Thibaut, Puchta, dentre muitos outros nominados) e lamenta que “os preciosos thesouros da litteratura allemã não são entre nós assás aproveitados, sem tem exercido directa influencia nos progressos da sciencia do Direito, por não ser esta lingua cultivada, como cumpria, por todos os que se dedicação a este ramo de estudos” (CDCB:205).

Considerando a portugueses e brasileiros indistintamente civilistas pátrios, Ribas retraça o nosso patrimônio jurídico comum, tendo como marco divisor as Ordenações Filipinas. Põe em especial destaque a figura de Paschoal José de Mello Freire dos Reis, que “ao conhecimento da intima natureza do nosso Direito e das suas fases historicas, bem como do Direito Romano e Canonico”, reunia “uma intelligencia profunda e synthetica”. Não lhe escapa, porém, que, embora fosse geralmente apreciado o merecimento dos escritos de

Mello Freire, “o seu illustre autor, levado pelas tendencias philosophicas do seu espirito superior, ou pelos habitos da sua missão de reformador e codificador, substitue algumas vezes o *jus constituendum* ao *jus constitutum*” (CDCB:216-217).

Acrescenta que “ao grande nome de Mello (‘a quem muitas vezes acre e injustamente censura’) anda ligado, como a sombra ao corpo, o de Manoel de Almeida e Souza, geralmente conhecido pelo apellido de Lobão, derivado da aldêa onde por longos annos residio, e em avançada idade falleceu” (CDCB:217).

Na apreciação que faz da literatura jurídica brasileira no Curso (pp. 218-219), Ribas diz que “ela não tem sido inteiramente estéril”, dando destaque ao “erudito José da Silva Lisboa”. Cita de passagem Trigo de Loureiro, Perdigão Malheiro, Pimenta Bueno, Paula Baptista, J. J. Ramalho, A. A. de Moraes Carvalho, Vieira da Silva, Furtado de Mendonça, L. S. A. A. Susano, C. A. Cordeiro, J. M. P. de Vasconcellos e Souza Pinto. Abre um parágrafo para “A. T. de Freitas”, “onde o nosso Direito Civil theoretico é exposto com clareza e methodo, e indicadas as alterações que covem que soffra”. Nada mais.²⁴

Ribas põe de manifesto a influência que recebeu da pandectística ao tratar das fontes, citando desde logo Savigny, para ressaltar que não se trata de indagar da ciência, nem das relações jurídicas, mas da dogmática.²⁵

²⁴ Raras eram as citações entre os autores nacionais na nossa literatura jurídica ancestral, como observa Pedro DUTRA (1992:32). Em *Da Posse das Ações Possessórias* (São Paulo: Miguel Melillo, 1901), cuja primeira edição é de 1883, Ribas ignorou Lafayette, que seis anos antes publicara o seu *Direito das Cousas*. Quando do lançamento de sua primeira obra, *Direito de Família*, escrevendo ao seu irmão, Lafayette registrou “murmurações” de Ribas, temendo a reação dos juristas paulistanos. Ele se encontrava no Rio, onde a recepção ao livro fora favorável: “Tem sido unânime a aprovação de meu livro. Nabuco, Freitas, Perdigão Malheiros, Viana, visconde de Sapucaí o tem julgado da maneira mais lisonjeira para mim. Muitos o consideram o melhor livro que sobre Direito se tem publicado no Brasil. Em S. Paulo creio que a impressão não será a mesma. Os lentes não podem ver com bons olhos nem toleram um livro que não sai do seu círculo – eles que ainda não escreveram nada que valha. Mandeí um exemplar ao Crispiniano, ao Ramalho e a José Bonifácio. Veremos o que dizem eles. O Ribas que aqui está e que muito se descontentou de eu não tê-lo incluído entre as grandes letras do Brasil, já tem feito as suas murmurações” (PEREIRA, 1968:74). A carta é de 7 de dezembro de 1869, ano do lançamento do livro de Lafayette. Ribas já publicara três anos antes o seu *Direito Administrativo*, que parece não ter impressionado Lafayette. Por outro lado, aflora o antagonismo com São Paulo.

²⁵ “A noção da dogmática como elaboração ou construção do sistema é o grande contributo

Com efeito, não nos ocupamos agora com o elemento filosófico ou histórico do direito, e sim somente com o dogmático; nem queremos estudar os factos, e as instituições jurídicas de que emanam as relações de direito.

O direito preexiste ao legislador na consciência nacional; ele não o inventa, nem o cria; apenas o formula, e traduz em caracteres sensíveis, esclarece-o com as luzes da razão universal, e presta-lhe o apoio da força social (CDCB:59).

Na construção dogmática do sistema, Ribas distribui os papéis. O progresso da civilização causa a divisão do trabalho, cada indivíduo dá à sua atividade um fim especial. Assim as crenças comuns vão se esvanecendo, os costumes nacionais caem no olvido e o direito começa a confundir-se na consciência popular, competindo ao legislador restituir-lhe a clareza e a forma. Os jurisconsultos precisam atender tanto à legislação quanto ao direito popular, desenvolvendo a sua unidade através da ciência. Para isso, devem remontar ao romanismo, base da legislação e da jurisprudência dos povos modernos, onde se encontram a explicação histórica e as razões filosóficas da maior parte das instituições do direito. E para esclarecer a inteligência da legislação nacional, bem como para suprir-lhe as lacunas, deve ser consultada a legislação dos povos cultos contemporâneos, sempre resguardada a primazia das leis nacionais como fonte essencial do direito civil (CDCB, 59-61).

Ao particularizar as fontes do direito civil, Ribas não hesita em proclamar como essencial a legislação nacional, sendo fontes subsidiárias o direito consuetudinário e a legislação estrangeira (CDCB: 61 ss). Ribas tem como indiscutível o primado da lei, advertindo que as ordenações e demais atos portugueses só permaneciam em vigor por força da lei nacional.

O princípio obrigatório entre nós somente emana da lei; portanto, só por esta podem ser definidos os direitos, e especialmente os civis. Nem a pretexto de prover á boa execução das leis civis pôde o

da pandectística alemã à ciência do direito, porque aqui, diferentemente do que ocorria na Escola da Exegese – onde o método era exegético e o dogmatismo uma atitude intelectual –, este, o dogmatismo, será predominantemente um método de construção do sistema” (MARTINS-COSTA: 1999:214).

governo expedir decretos, instruções e regulamentos, ou quaisquer atos, que alterem estes direitos.

Devemos advertir que pela lei de 20 de Outubro de 1823, art. 1, decretada pela assembleia geral constituinte e legislativa, mandou-se que continuassem em vigor, enquanto não se organizasse novo código, ou não fosse revogadas, as ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal, e pelas quais o Brasil se governou até o dia 25 de Abril de 1821 (CDCB:62).

Ribas relata os termos gerais da polêmica entre Thibaut e Savigny sobre a conveniência da codificação alemã, citando obras em alemão de Falck e Raumer, e em francês de Leminier e Belime, não tendo tomado contato, supõe-se, com os textos originais.

A obra de Savigny compulsada por Ribas foi o *Traité de Droit Romain*. São freqüentemente citados: Raumer (*Geschichtliche Entwicklung der Begriffe von Recht, Staat und Politik*), Lerminier (*Philosophie du Droit*), Belime (*Philosophie du Droit*), Ahrens (*Droit Naturel*), Toulhier (*Le Droit Civil Français*), Mainz (*Eléments de Droit Romain*), Berriat Saint Prix (*Histoire du Droit Romain*), Eschbach (*Introduction générale*), Fresquet (*Traité Élémentaire de Droit Romain*), Mackeldey (*Manual de Droit Romain*), Phillips (*Du Droit Ecclésiastique dans ses Sources*), Tiercelin (*Principes du Droit*), Ortolan, Zacharie, Demolombe, Merlin. Como se percebe, são dominantes as obras francesas ou as versões francesas de obras estrangeiras, aparecendo títulos originais em alemão. Entre os portugueses, são citados Melo Freire (*Historia e Institutiones Juris Civilis Lusitani*), Borges Carneiro (*Direito Civil Português*), Coelho da Rocha (*Instituições de Direito Civil Português*) Liz Teixeira (*Curso de Direito Civil Português*) e Corrêa Telles (*Manual dos Tabeliães*). Entre os nacionais, Pimenta Bueno (*Direito Público Brasileiro*), Perdigão Malheiro (sobre a não retroatividade das leis civis), Paula Batista e Teixeira de Freitas (“A. T. de Freitas”) na *Nova Appostilla*.

2.2. Princípio de ordem e princípio de liberdade

Para Ribas, o direito se define na relação entre a liberdade e a ordem. Afirma: “A liberdade é a essência do homem”, mas aponta o

limite: “O direito é a liberdade circunscrita pela lei”.

A liberdade é o princípio da moral e a ordem, o do direito. Da correlação entre eles, Ribas extrai a sua concepção da ordem jurídica com feição naturalista, como era voga.

Da ordem que reina no mundo físico, deduzimos, como consequência lógica, a do mundo moral; não é na verdade possível, que a parte mais elevada e perfeita da criação esteja privada dela. O princípio criador não pode deixar de presidir à toda a sua obra, e a anarquia ainda é mais difícil de conceber-se no mundo da liberdade, do que na fatalidade (CDCB:9).

O modo como conciliar os princípios da liberdade e da ordem, para Ribas, é um árduo problema da alçada da filosofia, da teologia e da história, por isso, ele não se dispõe a enfrentá-lo. Acredita que há uma lei divina da ordem moral e jurídica, a qual se realiza como fatalidade, em que pese a liberdade humana:

A ordem providencial se realiza, no mundo moral, por intermédio da liberdade. O homem a conhece, e se lhe submete voluntariamente, cooperando assim conscienciosa e livremente para a realização do plano divino: esta é a sua glória e o seu título de superioridade em toda a criação. No mundo físico, pelo contrario, ela se realiza com o caráter de cega e irresistível fatalidade; o mérito e o demérito aí não são possíveis (CDCB:10).

2.2.1. Moral e direito

Nesse curso de idéias, é interessante conferir as relações que Ribas estabelece entre a moral e o direito. Vale-se, nesse ponto, de Ahrens, que cita no *Cours de Droit Naturel*. Inicialmente, enfoca ainda uma vez o princípio da ordem para circunscrever o mundo da moral:

O princípio de ordem universal abrange todas as relações e atos humanos; mas as diversas categorias dessas relações não estão expostas aos mesmos perigos da parte da liberdade humana, por cujo intermédio se realiza a ordem providencial; já pela estreita esfera em que se encerram os efeitos da liberdade, já porque algumas dessas categorias estão resguardadas por sentimentos e instintos que atuam poderosamente sobre a vontade (CDCB:13).

Intervém outra vez o temor a Deus como elemento sancionador, sem prejuízo da liberdade de cada um:

Assim, as relações do homem para com o Criador e para consigo mesmo, acham-se assaz protegidas pelas inefáveis esperanças e misteriosos terrores da religião, ou pelo princípio do interesse próprio, de sorte que o exercício da plena liberdade a respeito delas não pode trazer em resultado profunda perturbação da ordem (CDCB:13).

Em seguida, dá atenção ao direito, destacando que em maior medida a liberdade deverá ceder à ordem pela “fatalização” ou sacrifício de algumas relações sociais como condição da sobrevivência de outras:

Quanto, porém, às relações dos homens entre si, devemos observar que algumas estão intimamente ligadas ao princípio da ordem, que, é preciso que sejam como que fatalizadas, para que a violação de umas não produza a perturbação de todas, e a dissolução da sociedade, que é meio indispensável para a conservação e desenvolvimento do homem e a realização do vossos destinos sobre a terra; enquanto a violação de outras dessas relações, posto que produza sempre alguma perturbação da ordem, não pode produzi-la em tão larga escala, nem com tão funestos resultados (CDCB:13).

Tomando então como referência a relação ordem-liberdade, define:

O princípio de ordem, aplicado às relações humanas que podem e devem ser entregues à liberdade em seu pleno exercício, constitui a moral. Este mesmo princípio aplicado às relações humanas, que devem ser sujeitas à coação, ou como que fatalizadas, constitui o direito (CDCB:14).

Ressalva que o exercício da liberdade moral não é absolutamente ilimitado, sendo as suas violações sancionadas com uma “penalidade natural”. Traça então três pontos distintivos entre o direito e a moral:

I – Os deveres morais estão somente sujeitos à consciência, isto é, o homem tem a liberdade de preenche-los ou não, e só por ele é responsável no foro interno.

Os deveres jurídicos ou as obrigações, dependem de um princípio de coerção material externo, que constrange o homem a preenchê-los, ou indenizar a parte lesada pela sua violação, e pune em certos casos a seu infrator.

II – Na ordem dos factos morais atende-se ao valor do principio subjetivo que os inspira, ou ao motivo dos atos.

Na ordem dos factos jurídicos atende-se á natureza destes factos, e as suas relações com o principio objetivo do direito.

III – Os preceitos morais são absolutos e invariáveis; os preceitos jurídicos são relativos e variáveis; os primeiros, são independentes das condições de lugar e tempo; os segundos, atendem a estas condições, que tanta influencia exercem sobre o desenvolvimento humano.

Sobre a extensão do campo moral e do campo jurídico, entende que o primeiro tende a aumentar e o segundo a diminuir na medida do desenvolvimento do homem. Confrontando as duas ordens, proclama que o direito está contido na moral, em virtude do dever de consciência de obediência à lei – deixando manifesta a concepção kantiana de autonomia da moral e heteronomia do direito -, mas nem tudo que é ordenado ou proibido pela moral é também ordenado ou proibido pelo direito. Considera que a esfera jurídica está contida na esfera moral, citando Bentham na concepção da figura dos círculos concêntricos.

2.2.2. Abuso de direito

Posto que a liberdade é a essência do homem e que só o direito pode limitá-la, Ribas assevera que o homem pode exercer ou deixar de exercer os seus direitos como lhe aprouver, ainda que desse exercício decorra prejuízo para terceiro (*Qui jure suo utitur, neminem loedit*), regra que encontra limitações na prescrição e no abuso de direito. Este assim enuncia, citando Ulpiano, Paulo e Celso:

Não é lícito exercer um direito com o único fim de lesar a outrem, e sem que de seu exercício resulte para nós utilidade (CDCB:222).

Mas a limitação só pode ser imposta se se provar a intenção de prejudicar a terceiro e a não utilidade do titular do direito (CDCB:222).

2.3. O método

Segundo Haroldo VALLADÃO (1977:151), o *Curso de Direito Civil Brasileiro*, de Ribas, pode ser considerado uma Introdução

Geral ao Direito, “de base romana, canônica, germânica, mas em estilo latino”, haja vista o interrelacionamento que entretete e pela vastidão dos conhecimentos históricos e comparativos do autor.

Com efeito, o livro é sobre a parte geral do direito civil, precedida de uma introdução versátil, com características de introdução ao direito e de crítica literária e de política legislativa. O autor revela todas as qualidades de um escritor: tem estilo elegante, precisão de conceitos e clareza de linguagem; domina o conhecimento da matéria versada e exhibe um pensamento consistente, formando um todo bem acabado e coerente. Deixa evidente a sua habilidade argumentativa, mas sobretudo destaca-se pela homogeneidade na combinação do raciocínio jurídico e metajurídico, integrando o direito à vida real da sociedade.

Desenvolve o texto em dois grandes blocos: uma introdução e uma parte geral.

2.3.1. O direito em visão ampla

A introdução é dividida em cinco títulos: a ciência do direito civil; as fontes; das leis civis; da codificação; da literatura jurídica.

O primeiro título introdutório examina, em quatro capítulos, o direito num plano geral (as suas noções histórica e filosófica, a distinção entre direito e moral e a jurisprudência como ciência e como profissão), a sua divisão, os estudos propedêuticos do direito civil e as ciências auxiliares. Apresenta uma rápida noção histórica do direito, com ênfase nos gregos e nos romanos. Em seguida, traça a noção filosófica do direito, com marcante inclinação jusracionalista; e define os níveis de competência técnica na operação do direito:

Aquele que apenas conhece as leis, mas não sabe interpretá-las, chama-se leguleio; o que as conhece e interpreta exatamente, mas não as aplica, denomina-se jurisperito; o que apenas possui a mera pratica de aplica-las, sem sabe-las bem interpretar, nem conhecer a sua teoria científica chama-se rabula; o jurisconsulto ou jurisprudente é o que reúne a ciência do direito á pericia na sua aplicação (CDCB:19).

Divide o direito em público e privado, com sói acontecer a um jurista da sua época, mas inclui o direito penal na esfera privada,

vendo a ofensa no plano individual.

As fontes, divide em essenciais (a legislação nacional) e subsidiárias (direito consuetudinário e legislação estranha). Ressalta o dever do juiz de decidir os pleitos, sob pena de cometer o crime de denegação da justiça, previsto no Código Criminal, e transcreve o conhecido art. 4º, do Código Civil francês, estandarte da escola da exegese.²⁶ Mas é realista:

No atual estado porém da legislação pátria, difícilimo e perigoso seria o cumprimento deste dever, se não houvessem outras fontes subsidiárias do direito; porquanto, deficiente como é esta legislação, o magistrado teria de recorrer frequentes vezes ao direito racional, cujas aplicações às emergências da vida prática não poderia deixar de dar lugar a intermináveis controvérsias, e ampla facilidade ao império do arbítrio disfarçado (CDCB:73)

Saúda, portanto, a previsão nas Ordenações das fontes subsidiárias.

A seguir, cuida da definição, divisão, vigência, eficácia (é partidário do princípio da inescusabilidade da ignorância da lei) e interpretação das leis civis.

Intervém no debate da codificação, votando a favor, não por amor à simetria formal, por isso que não a necessitam os povos que possuem legislação completa, embora esparsa em grande número de atos; mas nos casos em que a legislação, além de deficiente em si mesma, se torna contraditória com o estado moral, político e econômico da sociedade. Então a reforma parcial e sucessiva do antigo edifício legislativo não é satisfatória, porque seria destituída da harmonia indispensável e que não pode existir sem que as diferentes partes que compõem o todo se fundam em noções sintéticas, subordinadas à unidade filosófica (CDCB:170-171).

Quanto ao sistema, analisa o romano e os que chama de modernos, respaldando-se em Blondeau (*Des methodes de classification*), indo

26 “A escola da exegese se explica, fundamentalmente, frente ao mito da completude da lei” ((MARTINS-COSTA: 1999:192).

de Vultei a Leibnitz, Domat e Pothier. Tendo-os por ultrapassados, aconselha que se siga a vereda aberta pelos modernos juriconsultos germânicos. Aponta como mais acertado o método que indaga das diferenças das relações regidas pelos preceitos. De acordo com a naturalidade das relações humanas, divide a matéria civil em direito de família, direito das coisas e direito das obrigações, não havendo outra espécie inteiramente distinta. As matérias de sucessões e concurso de credores contém elementos combinados das três áreas naturais, sendo de rigor metodológico que elas componham uma quarta divisão, para não quebrar a unidade da exposição das demais. Critica a classificação de Teixeira de Freitas em direitos pessoais (família e obrigações) e reais (coisas e sucessões), sem citar-lhe o nome (“o ilustre autor da ‘Consolidação das Leis’”), dizendo que há razões em contrário, “razões que Savigny enumera, e que aliás bem conhecidas são do distinto juriconsulto brasileiro” (CDCB:185). Arremata o ponto dizendo que o direito civil apresenta princípios sintéticos, que mais ou menos modificados podem aplicar-se a todas as instituições de direito. São tais as noções gerais relativas aos sujeitos e objetos dos direitos, e aos fatos que engendram ou extinguem as relações jurídicas. As regras relativas a esses elementos comuns devem constituir uma parte preliminar do direito civil. Alerta, porém, que a confecção dessa parte é a mais difícil, porque ordinariamente os princípios apresentam-se na prática sob forma concreta e o trabalho de elevá-los à generalidade pode confundi-los com outros, havendo o risco do seu desnaturamento, por arbitrariedade, ficção ou erro. Também é preciso evitar a vaguedade e a obscuridade. Os códigos não podem ser pura ciência.

Em geral, deve sempre o legislador ter em vistas, que não tem por missão formular um Direito ideal, e sim o Direito real que vive no seio da nação, podendo apenas melhorá-lo tanto quanto as circunstâncias o comportarem (CDCB:187).

2.3.2. Os elementos básicos da relação jurídica

A parte geral é distribuída em quatro títulos: o primeiro trata dos direitos e dos seus elementos em geral, e os outros três, são dedicados a pessoas, a coisas e aos atos jurídicos.

No primeiro título, dá a noção e a classificação dos direitos conforme as suas diversas fases, como se fazia à época (aquisição, conservação e extinção) e os elementos constitutivos.

Ao discorrer sobre as pessoas, não escapa da mancha da escravidão ao tratar do *status* da liberdade, embora reconheça que se trata de algo contra o direito natural:

Em relação ao direito de liberdade dividem-se os homens em – livres e escravos (...) (CDCB:245; grifos do original) (...). À proporção, porém, que o direito estrito se foi aproximando do racional, foi-se restringindo a *dominica potestas*, e paralelamente alargando a capacidade dos escravos, esta instituição reconhecida como oposta à natureza, e a liberdade como faculdade natural²⁷ (CDCB:246).

Pulveriza o trato da capacidade entre os parágrafos que cuidam do sexo, da idade, da saúde e da consideração civil. Retraça a disciplina do domicílio. Aborda as pessoas jurídicas no plano teórico e depois as divide pessoas jurídicas de existência necessária (o estado, as províncias e os municípios), corporações e instituições pias, discorrendo a seguir sobre a sua capacidade.

Em relação às coisas, classifica-as pela natureza (imóveis, móveis e ações; existentes e futuras; singulares e coletivas; divisíveis e indivisíveis, principais e acessórias, fungíveis e não fungíveis) e pela relação de propriedade (no comércio e fora do comércio; coisas sem dono; bens públicos e particulares).

O título dos atos jurídicos é fracionado em sete capítulos.

O primeiro capítulo trata dos fatos em geral, que comportam uma classificação em voluntários e não voluntários. Os fatos não voluntários ou externos desdobram-se em fatais, praticados sem liberdade e praticados por pessoa estranha. Qualquer deles pode ser fortuito ou não

27 A escravidão era o regime dos serviços domésticos. VENÂNCIO FILHO (1982:131-1323) serve-se de uma descrição de Almeida Nogueira sobre as repúblicas de estudantes. Afirma que nelas trabalhava, além da cozinheira, “uma preta liberta, afeiçoada aos serviços dos estudantes”, cujo ordenado “não passava vinte ou no máximo vinte e cinco mil-réis”. Segundo a mesma descrição, as repúblicas contavam ainda com os “criados de estudantes”, escravos que acompanhavam a São Paulo o “senhor-moço” para servi-lo como copeiro, camareiro e em outras atividades domésticas. Geralmente o estudante concedia-lhe a carta de alforria ao se formar.

fortuito, conforme a possibilidade de previsibilidade. Os fatos voluntários podem ser lícitos ou ilícitos, segundo a disposição legal.

O capítulo II observa os atos jurídicos do ponto de vista da forma e dos elementos constitutivos, que se classificam em essenciais, naturais e acidentais, categorias que vão preencher os três capítulos seguintes.

Nos elementos essenciais aloca os vícios do consentimento, não os distinguindo dos sociais. Arrola o erro, o dolo, a violência e a simulação, desconhecendo a fraude contra credores. É sintético ao dizer que os elementos naturais acham-se espalhados na lei, conforme as peculiaridades dos contratos ou atos jurídicos; dá como exemplos a gratuidade no mútuo e a evicção na compra e venda; cita Coelho da Rocha. Nos elementos acidentais, põe a condição, o termo, o modo, a causa, o juramento (apesar de consignar a proibição das Ordenações), a pena e as arras.

Dedica o capítulo quinto à interpretação e o sexto, à nulidade, rescisão e conversão dos atos jurídicos.

O último capítulo é voltado aos atos ilícitos, fundando a responsabilidade na culpa, com exceção dos casos fortuitos ou de força maior. Encerra com um parágrafo sobre a indenização pelo dano.

CONCLUSÃO

Em síntese final, o despontar da civilística brasileira em meados do século XIX pode ser apreciado em plano geral e particular.

No primeiro, deve-se apontar o grande mérito da construção de um sistema flexível, com a valorização da tradição nacional e de suas origens portuguesas, acrescida dos elementos da modernidade européia, aportados pela escola da exegese e pela pandectística, que viriam a influenciar o futuro Código Civil, depois da fértil elaboração de Teixeira de Freitas. Nesse plano, não se pode deixar de lamentar a chaga da escravidão, que não sensibilizou os privatistas do mesmo modo que os publicistas. A incipiente comunidade acadêmica e jurídica da época

conviveu com o paradoxo da escravidão, renegando na prática o que em teoria já era conquista humana consolidada: a liberdade e a igualdade. O tema era tratado basicamente como político. No plano jurídico, uns poucos a ele se referiram. Foi o caso de Perdigão Malheiro, no livro “A Escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social”, publicado em 1871, antes da Lei do Ventre Livre. Ribas tratou do tema olímpicamente, cooptando com a omissão generalizada da sua geração de civilistas.

Também pode ser debitada aos precursores da nossa civilística a indiferença com os índios. Conforme dá conta Antonio Carlos WOLKMER (1998:51), a discussão sobre um direito das comunidades indígenas, implicando questionamentos sobre a natureza humana, a legitimidade e a capacidade jurídica dos índios é contemporânea das invasões ibéricas em terras latino-americanas, deitando raízes teóricas na Universidade de Salamanca em 1531.²⁸

No plano particular, restritamente no que diz respeito à Escola de São Paulo, a figura de Ribas desponta com merecido destaque. Sua obra, evidentemente, é imperfeita, o que nem sempre deve ser debitado ao estádio da ciência jurídica, mas eventualmente ao próprio autor. Assim, por exemplo, uma certa parcimônia relativamente a outros autores, como Teixeira de Freitas e Lafayette; ou a sua complacência frente à escravidão, pecado cometido genericamente pela inteligência jurídica da época. São imperfeições, porém, que não lhe empanam o brilho.

Certamente, Ribas não é ímpar no cenário histórico. Foi contemporâneo de Tobias Barreto (1839-1889), Teixeira de Freitas (1816 ou 1817-1883), Lafayette Rodrigues Pereira (1834-1917), para citar os mais notáveis de Pernambuco. Conviveu com colegas brilhantes na Faculdade de São Paulo, como Crispiniano (1809-1876) e Ramalho (1810-1902).

28 Há autores benignos com o tratamento dessas questões. ALMEIDA JÚNIOR (1952:172-173) afirma que as Academias concorreram para a debilitação dos preconceitos de desigualdade por motivo de família, diferença racial ou fortuna; MOTTA FILHO (1955:172-173) leva em consideração o drama da transplantação de uma cultura para uma terra inculta, aparecendo o direito como um ideal a ser atingido, pois os conquistadores encontraram aqui apenas uma “indidada indomável” e nenhum valor institucional.

Na perspectiva de Pedro DUTRA (1992:19), a produção de Ribas acomoda-se mais ao conceito de literatura jurídica do que à criação intelectual voltada para a experiência do direito. Com efeito, no que diz respeito ao direito civil, Ribas revelou pena de apreciável talento, não tendo despontado, todavia, como um proponente de ideias novas, do modo como colocaram-se para a posteridade Tobias Barreto e Teixeira de Freitas, por exemplo. Aplicando o raciocínio metódico dos mestres germânicos, Ribas emprestou à sua obra a qualidade da sistematização, que representa o seu afirmado contributo para a literatura jurídica nacional.

APÊNDICE

Resumo biográfico de Antônio Joaquim Ribas

Antônio Joaquim Ribas, filho de Antônio Joaquim de Macedo, nasceu no Rio de Janeiro. Há divergências sobre a data: 3 de maio de 1819 para VAMPRE (1977:1:270), 28 de abril de 1820 segundo BLAKE (1883:203). Os mesmos autores divergem quanto ao seu bacharelamento: 1839 para o primeiro, 1840 para o segundo. Em qualquer hipótese, teria apenas 20 anos. Chegou a São Paulo em 1835 para frequentar o curso anexo, onde adquiriu excelente preparo humanístico sob a orientação de Júlio Frank, estudando Filosofia, História Universal, Literatura, Latim, Grego, Francês, Inglês e Alemão. Um ano depois da formatura no curso de graduação, obteve o grau de doutor. Apesar do seu brilhantismo, a aprovação foi simplificada, pela ausência dos examinadores Crispiniano e Ramalho, o que foi interpretado como um gesto de má vontade. A morte surpreendeu Júlio Frank – 1841 – e Ribas o substituiu como professor de História Universal do curso anexo. Em 1854, com a reforma da Academia, foi nomeado lente substituto, regendo as cadeiras de Economia Política, Direito Administrativo, Direito Público, Direito Civil e Direito Eclesiástico, até assumir a cátedra de Direito Civil Pátrio, Análise e Comparação do Direito Romano em 1860, com a jubilação de Pires da Mota. Jubilou-se em 1870, mudando-se pouco depois para o Rio de Janeiro, onde abriu escritório de advocacia.

Em 1849, foi deputado à Assembléia de São Paulo, reelegendo-se para mandatos sucessivos. Era respeitado como orador, correto na dicção e severo na lógica dos argumentos. Em 1881, participou da comissão que examinou os *Apontamentos para o Projeto de Código Civil Brasileiro*, de Felício dos Santos.

Na literatura, foi eclético. Escreveu sobre a navegação no Rio Paraná e seus afluentes, texto publicado em 1862 e 1863 em órgãos especializados do Rio de Janeiro. Elaborou uma *História dos paulistas*, apenas em parte publicada nos *Ensaaios Literários*, de São Paulo, em 1850. Atuou em periódicos políticos e literários: *O Piratininga*, *O Constitucional* e *Imprensa Paulista*. Publicou memórias, discursos, prosa e poesia em São Paulo e no Rio de Janeiro. Compilou os *Discursos parlamentares* de Gabriel José Rodrigues dos Santos e escreveu-lhe a biografia, obra de 1863.

Na área jurídica, estreou com *Direito Administrativo Brasileiro* (Rio de Janeiro, 1866), obra que só foi publicada seis anos depois de concluída, já premiada e aprovada pela Resolução Imperial de 9 de fevereiro de 1861 para uso nas Faculdades de Direito do Recife e de São Paulo, e que superou as que lhe antecederam, de Vicente Pereira do Rego (então em 2ª edição, de 1860) e de Veiga Cabral. Ribas demonstrou aí conhecimento e atualização em Direito Comparado, citando autores franceses, belgas, espanhóis, bávaros e prussianos. Tornou-se assim o primeiro jurista brasileiro a citar autores de língua alemã (VALLADÃO, 1977:151).²⁹

Em 1878, publicou a *Consolidação das Leis do Processo Civil*,

29 Pedro DUTRA faz o elogio de Ribas a partir do *Direito Administrativo Brasileiro*: “Esse trabalho inicial revela já o autor disciplinado das obras posteriores. Cuidou Ribas de advertir em seu livro de estréia não ser ele ‘uma obra de política, menos ainda da política cambiante e incompreensível dos partidos’ e dizia, ‘não expusemos aqui o que nos pareceu melhor mas o que existe’, certo de que ‘nossa legislação administrativa vai sendo composta aos retalhos, segundo as exigências da ocasião e a inspiração das idéias do momento; não há método, nem vestígios de espírito sistemático’ (nota 121. Dividiu seu livro em três partes: da ciência do direito administrativo, da administração, e dos administrados, tratando-os em parágrafos agrupados em capítulos, tudo claramente exposto e minuciosamente indicado. O comentário neutro afasta a crítica direta; não há em Ribas a acidez intelectual, ou o entusiasmo político, e tampouco o flamejante fervor religioso de vossos colegas de tema. Desde o início, forjava Ribas sua carreira de professor dedicado e autor metódico; impõe uma vertente em nossas letras jurídicas, como demonstra o acervo de sua obra que se estende por três décadas” (1992:73).

1878 (Rio de Janeiro), à qual acrescentou notas na edição de 1879. A obra foi adotada na República e no Estado de Minas Gerais, chegando à terceira edição em 1915, o que não a poupou de duras críticas partidas de Teixeira de Freitas, que acusou Ribas de dar simplesmente novos nomes às entidades do Código Filipino, além de censurar-lhe o método: “O autor atirou-se ao meio do seu assunto; abrindo caminho do particular para o geral – de um concreto real para um abstrato sem consistência” (*apud* PRATA, 1987:150).³⁰

Em 1883, fez editar *Da posse e das ações possessórias*, obra que teve uma segunda edição póstuma em 1901.

Sua obra-prima foi o *Curso de Direito Civil Brasileiro*, publicado em primeira edição no Rio de Janeiro, em 1865, com 3 volumes.³¹ Em 1880 publicou uma segunda edição, revisada, e refazendo inteiramente os capítulos sobre noção, classificação e fases dos direitos, e sobre fatos e atos jurídicos. Deixou de lado a modéstia no prefácio, afirmando que raros eram os escritores estrangeiros que tinham preenchido o “vasto quadro” da obra, nenhum o tendo feito na nossa literatura, “tratando apenas alguns de uma ou outra questão mais ou menos perfunctoriamente”, acreditando, por isso, ter prestado “verdadeiro serviço à jurisprudência pátria”. A terceira e última edição foi publicada postumamente por seu filho, G. Ribas, no Rio de Janeiro, em 1905.

Faleceu em Petrópolis, em 22 de fevereiro de 1890.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JÚNIOR, A. “O convívio acadêmico e a formação da nacionalidade brasileira”. In: *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. XLVII (1992):271-292.

ALVES, José Carlos Moreira. “Panorama do Direito Civil Brasileiro: das origens aos dias atuais”. In: *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 88 (1993):185-238.

_____. ALVES, José Carlos Moreira. “A contribuição do antigo direito português no Código Civil Brasileiro”. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo, Revista

30 Entendendo as críticas excessivas, DUTRA, 1992:85.

31 À pág. 90 do vol. I (ed. de 1865) recepcionou o conceito de negócio jurídico, segundo COUTO E SILVA, Clóvis do. “Negócios jurídicos e negócios jurídicos de disposição”, in FRADEIRA, Vera Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997:73.

dos Tribunais, 1980:29-42.

BARRETO, Plínio. *A Cultura Jurídica no Brasil*. São Paulo: Bibliotheca d' "O Estado de S. Paulo", 1922.

BLAKE, Augusto Victorino Alves Sacramento. *Diccionario Bibliographico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1883. 1º v.

BEVILAQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. 2ª ed. Brasília: INL, Conselho Federal de Cultura, 1977.

CHACON, Vamireh. *Da Escola do Recife ao Código Civil*. Rio de Janeiro, Organizações Simões, 1969.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Fundamentos históricos do direito brasileiro*. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980:103-125.

COUTO E SILVA, Clóvis do. "O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro". In: *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*. FRADERA, Vera Maria Jacob de, org. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997:11-31.

CRUZ, Guilherme Braga da. "A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro (1)". In: *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo, v. L (1955):32-77.

DUTRA, Pedro. *Literatura Jurídica no Império*. Rio de Janeiro, Topbooks, 1992.

FERREIRA, Waldemar. "A História do direito nos cursos jurídicos do Brasil". In: *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo, v. XLV (1950):429-446.

MACHADO NETO, A. L. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo, Grijaldo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1969.

MARQUES, Cláudia Lima. "Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916", in *Revista dos Tribunais*. São Paulo (jul 97) 741:11-37.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS JÚNIOR. *História do Direito Nacional*. 2ª ed. Pernambuco: Cooperativa Editora e de Cultura Intelectual, 1941.

MOTTA FILHO, Cândido. "A fisionomia jurídica de São Paulo". In: *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo, v. L (1955):170-192.

NASCIMENTO, Walter do Nascimento. *Lições de História do Direito*. Rio de Janeiro, Zahar, 1979.

PONTES DE MIRANDA. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PRATA, Edson. *História do Processo Civil e sua Projeção no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1897.

REALE, Miguel. "Feijó e o kantismo". In: *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo, v. XLV (1950):330-446.

_____. "As Faculdades de Direito na história do Brasil". In: *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo, v. LVI (1961):256-272.

_____. *Filosofia em São Paulo*. 2ª ed., revista e reestruturada. São Paulo, Grijaldo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1976a.

_____. "A Faculdade de Direito de São Paulo na Cultura Brasileira". In: *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo, v. 71 (1976):227-237.

_____. *Horizontes do Direito e da História*. 2ª ed., revista e aumentada. São Paulo, Saraiva, 1977.

_____. *Filosofia do Direito*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978a. 2 v.

_____. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1978b.

_____. *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo, Saraiva, 1990.

_____. *Figuras da Inteligência Brasileira*. São Paulo, Siciliano, 1994.

REZENDE, Carlos Penteado de. "Algumas páginas sobre a velha Academia de Direito de São Paulo". In: *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. São Paulo, v. 72 (1977):31-79.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro, 1905.

_____. *Da Posse e das Ações Possessórias*. 2ª ed. São Paulo: Miguel Mellilo, 1901.

SCHMIDT, Afonso. *A Sombra de Júlio Frank*. São Paulo: Anchieta, 1942.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Cíveis*. Rio de Janeiro, H. Garnier, 1896.

TRIPOLI, César. *História do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

_____. *Código Civil*. Esboço. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952.

VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977.

VAMPRÉ, Spencer. *Memórias para a História da Academia de São Paulo*. 2ª ed. Brasília: INL, Conselho Federal de Cultura, 1977. 2 v.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

A EFETIVIDADE E A INEFICÁCIA DA COISA JULGADA À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Álvaro Vinícius Paranhos Severo¹

Entende-se que o que existe são ações judiciais que buscam preservar a imutabilidade da coisa julgada, e o que não existe é uma adequação entre a coisa julgada falsa que venha a preservar a segurança jurídica do processo.

A estrutura da jurisdição em graus opostos pela própria Constituição Federal sedimentou na doutrina, ainda que implícita, a presença do instituto da coisa julgada, sendo, ou não, com base no princípio do duplo grau de jurisdição em sede constitucional.

Para Sérgio Gilberto Porto:

“A coisa julgada representa, efetivamente, a indiscutibilidade da nova relação jurídica declarada pela sentença e decorrente da inviabilidade recursal.”²

Neste sentido, para que haja coisa julgada, é preciso ocorrer identidade de todos os elementos da ação e uma das consequências decorrentes dessa estrutura está traduzida na necessidade de não haver decisões únicas, sujeitando-se sempre a uma revisão. Assim o binômio segurança jurídica e justiça encontra a mesma proporção, à medida que se confere um variado espectro de decisões que enfrentam o mesmo objeto e causa de pedir.

A efetividade e a eficácia do processo é aptidão de produzir resultados. Toda via, nem tudo provém do Poder Judiciário com decurso de prazo recursal se habilita como verdadeira coisa julgada. Há muita coisa julgada inadequada ou aparente, usurpando o status de

1 Doutor em Direito Processual Civil pela PUCRS.

2 PORTO, Sérgio Gilberto. Coisa Julgada Civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1998, p. 44.

verdadeira coisa julgada sem que ao menos exista juridicamente, pois contrária a segurança jurídica que ela proporciona.

Não se pode esquecer que o provimento jurisdicional tem natureza de ato jurídico. O próprio Código de Processo Civil define sentença como ato pelo qual o juiz põe fim ao processo, resolvendo ou não o mérito da lide. E, se é ato jurídico, significa que há de ser integrado ao mundo jurídico de maneira escoreita, transitando com êxito desde o ingresso no plano da existência, passando com sucesso pelo plano da validade – pois, sendo ato, a vontade é relevante e obrigatoriamente há de transcorrer este plano intermediário (da validade) – para finalmente e só então atingir o plano da eficácia, onde poderá vindicar seu conteúdo eficaz próprio dentro do qual se desenvolvem os atributos de imutabilidade e indiscutibilidade que caracterizam a coisa julgada.

Seguindo as lições de Pontes de Miranda³, suporte fático é qualquer acontecimento do mundo fenomênico que poderá sofrer a incidência da norma judicante. O suporte fático não pertence ao mundo jurídico mas ao mundo natural. Tanto que o acontecimento do mundo fenomênico se verifique segundo a descrição hipotética articulada na norma judicante, dá-se a incidência desta.

A incidência da norma judicante sobre o suporte fático transpõe para o mundo jurídico essa proporção objeto de incidência, que vem a constituir o fato jurídico *latu sensu*.

O ingresso no mundo jurídico, portanto, se dá pela incidência da norma sobre o suporte fático suficientemente realizado. Tanto que o suporte fático da descrição hipotética da uma norma se realize de maneira suficiente, dá-se a incidência e a consequente juridicização dessa porção do suporte fático, que é transposta para o mundo jurídico como fato *latu sensu*. O mundo jurídico divide-se em três planos sucessivos: plano da existência, plano da validade e plano da eficácia.

O plano da existência é atingido pela simples realização suficiente do suporte fático da descrição hipotética da norma judicante.

3 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. In Tratado do Direito Privado.

Uma vez atingido com êxito o plano da existência, os fatos jurídicos (*latu sensu*) tendem para o plano da eficácia. Aqueles em que a vontade é relevante constituem ato jurídico *latu sensu* e, obrigatoriamente, hão de transitar com êxito pelo plano da validade, para, só então, atingir o plano da eficácia. Diversamente, aqueles em que o elemento volitivo é irrelevante, como os atos-fatos, não transitam pelo plano da validade, indo direito do plano da existência para o plano da eficácia. Já que a validade é conformidade com direito, não tem nenhum sentido falar em invalidade de um nascimento, por exemplo, pois seria um absurdo dizer para o sujeito “nasça de novo porque o seu nascimento é inválido” ou “morra de novo porque sua morte é inválida”.

No mesmo sentido Ponder de Miranda aduz que:

“Já vimos que fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. Vimos, também, que no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contém fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de quem dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica. Não importa se singular, ou complexo, desde que, conceitualmente, tenha unidade.”⁴

O que não é possível é um fato jurídico atravessar o plano da validade sem ter transposto com êxito o plano da existência e também no da validade se é daqueles em que a vontade é relevante; isto é, ato jurídico *latu sensu*.

Tudo isso é importante quando consideramos que o provimento jurisdicional é, na verdade, um ato jurídico. Lembrando que coisa julgada é o atributo de imutabilidade e indiscutibilidade do provimento jurisdicional não mais sujeito a recursos no âmbito do processo em que foi formado, fica evidente que, para invocar o status de coisa julgada, o provimento jurisdicional precisa primeiro existir e depois ser válido. Afinal, imutabilidade e indiscutibilidade são conteúdos eficazes que

4 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. V. I, 3ª. ed. Rio de Janeiro. Ed. Bosch. 1972, p. 77.

operam no plano da eficácia e já não no da existência ou da validade.

Assim, antes de dizer que um provimento jurisdicional enverga o status de coisa julgada, é preciso perquirir se o mesmo tem existência jurídica e goza de validade.

O problema da existência jurídica do provimento jurisdicional envolve uma análise dinâmica e outra estática. Na análise dinâmica, não se perde de vista que o provimento jurisdicional é ápice da cadeia lógico-sucessiva de atos interdependentes que compõem o processo judicial, de tal forma que a higidez dos subsequentes pressupõe a dos antecedentes. Assim, a existência jurídica do provimento jurisdicional, no prisma da dinâmica, pressupõe a existência jurídica da relação jurídica processual dentro da qual foi formado. Inexistindo juridicamente a relação processual, de igual inexistência procederá o provimento nela formado.

A inexistência jurídica da relação processual pode derivar de ausência de qualquer dos elementos essenciais de seu suporte fático. A falta tornam o suporte fático da relação jurídica processual, que é trilateral, insuficiente e, havendo insuficiência do suporte fático, não se opera o ingresso no plano da existência, incorrendo a inexistência jurídica.

Ainda no prisma de análise da dinâmica do provimento jurisdicional, porque integrado na existência da relação processual, que é trilateral, a questão da inexistência em razão da capacidade do julgador também se coloca como obstáculo à existência jurídica do ato jurisdicional.

O ato jurisdicional nada mais é que uma declaração de vontade; a declaração concreta da vontade estampada na lei. Enquanto a lei em tese encerra a vontade da sociedade estampada em comandos normativos hipotéticos, o provimento jurisdicional representa a vontade da sociedade diante de um caso concreto, extraída do comando abstrato da lei pelo intérprete oficialmente encarregado dessa dicção. Assim, o Poder Jurisdicional nada mais é que o poder de dizer o direito diante do caso concreto.

Se a jurisdição é monopólio do Estado, o provimento jurisdicional é uma declaração de vontade estatal. Só quem personifica o Estado – no caso, quem detém o poder jurisdicional, que é o juiz – tem capacidade jurídica para emitir esse ato contenedor da declaração de vontade estatal.

Com tudo isso, o que se quer dizer é que o juiz absolutamente incompetente não detém jurisdição na matéria, sendo inexistente o provimento jurisdicional por ele levado a efeito, pois ele não personifica o Estado. Sem a personalidade, há insuficiência do suporte fático da relação jurídica processual trilateral, contaminando de inexistência jurídica o provimento nela proferido.

Ainda do ponto de vista dinâmico, é importante considerar que a sentença tem força de lei nos limites da causa e das questões decididas. Sendo assim, sabendo que a causa se caracteriza pelo seus três elementos (partes, causa de pedir e pedido) e tendo em conta que os limites da causa são, assim, delimitados pela petição inicial, torna-se óbvio que a sentença extra petita não se insere no âmbito de autoridade da sentença e, portanto, da coisa julgada, pois o que não integra o pedido não integra a causa que tem o pedido como elemento caracterizador. Mais que isso, a sentença que acolhe pedido desprovido de causa de pedir se queda juridicamente inexistente nesse ponto, pois o âmbito de autoridade da sentença é a causa e esta se caracteriza pela presença simultânea de seus três elementos (partes, causa de pedir e pedido). À míngua de qualquer dos seus três elementos, a causa tem seu suporte fático insuficientemente formado, quedando-se juridicamente inexistente. Inexistindo a causa, resta inexistente a sentença, pois está tem seu âmbito de autoridade dobre aquela.

Já agora analisado o provimento jurisdicional num prisma estático, verificamos que seu suporte fático (do ato em si mesmo) tem como elementos essenciais e indispensáveis o relatório, a fundamentação e o dispositivo. À míngua de qualquer desses elementos, o suporte fático do ato jurisdicional se apresenta insuficiente e já se sabe que a insuficiência do suporte fático acarreta a inexistência jurídica.

Portanto, o provimento jurisdicional desprovido de fundamentação é juridicamente inexistente por insuficiência do seu suporte fático. E, assim, não se pode falar em coisa julgada, pois esta opera no plano da eficácia, que pressupõe existência e validade. Igual sorte merecerá o provimento jurisdicional desprovido de dispositivo ou de relatório.

Importante ressaltar, a essa altura, a distinção entre ausência de fundamentação (que importa insuficiência de suporte fático e acarreta inexistência jurídica) e deficiente de fundamentação (que importa deficiência do suporte fático, operando no plano da validade). Ausência ou falta de fundamentação se tem quando o julgador não expende nenhuma razão para seu decisório ou parte dele, ou expende razões que não são jurídicas mas meras afirmações vazias e desprovidas de conteúdo jurídico ou mesmo puras convicções pessoais sem lastro, na realidade, na prova ou na técnica. Já deficiência de fundamentação há quando o julgador usa fundamentos equivocados ou inconsistentes a uma melhor análise.

O relatório, a fundamentação e o dispositivo podem até vir indistintamente veiculados em duas ou três linhas, mas hão de estar presentes, simultaneamente, todos eles. Sem um delas que seja, o ato jurisdicional queda-se juridicamente inexistente por insuficiência do suporte fático, tornando-se insusceptível de atingir o plano da eficácia que é onde opera a coisa julgada, atributo de imutabilidade e indiscutibilidade.

Portanto, a inexistência jurídica do ato jurisdicional, decorrente da insuficiência do suporte fático do ato em si, afasta a existência de real coisa julgada, quedando-se um nada jurídico o pretenso título judicial.

Em rigor de verdade, o que se sustenta é que, para realmente envergar o status de coisa julgada, o provimento jurisdicional precisa sobreviver incólume a um crivo de verificação de sua regular formação, perquirindo primeiro a sua existência e depois da sua validade para só então se falar em sua eficácia.

Na verificação da existência jurídica, perscruta-se da suficiência do suporte fático de todos os pressupostos, sem os quais não se pode sequer falar na força obrigatória do provimento jurisdicional, tais como o litígio, a demanda, o processo e a decisão, com todos os seus personagens e iters.

E inexistência jurídica de qualquer desses pressupostos, em razão da insuficiência do suporte fático de qualquer deles, afasta por completo a existência de real coisa julgada, descortinando a inexigibilidade irrecusável da “coisa julgada” meramente aparente coisa julgada.

Vencido o exame da existência jurídica e positivando-se esta, adentra-se na perquirição sobre a validade, que é conformidade com o direito, quando então cogita-se já não da insuficiência mas da deficiência ou eficiência (da validade), verificam-se as nulidades e anulabilidades, aquelas subdivididas em preclusivas e não preclusivas. Entretanto deve-se referendar que a história da nulidade em sentido lato pela Pandectística foi determinante na formação do conteúdo do conceito. Em um primeiro momento a idéia de vício⁵ em alguns dos elementos do suporte fático concreto deu o tom da discussão.

A nulidade, muito se assemelhava à inexistência, sendo muito difícil até hoje distinguir ambas as categorias. Daí porque a sua principal consequência é a não produção de qualquer efeito pelo ato jurídico. A partir da idéia de não produção de qualquer efeito típico por parte do ato jurídico nulo se constituirá um regime jurídico mais detalhado para a nulidade.

A anulabilidade, por sua vez, sempre esteve ligada à idéia de produção de efeitos que podem ser desconstituídos. Nesse drama de preclusão, entrarão questões como os conflitos de princípios, como o que se dá entre a coisa julgada como um fator de segurança.

Despiciendo, aqui, falar em conflito entre princípio e regra

5 A idéia de vício possui origem marcadamente sacral, e já em Paulo aparecem identificadas as idéias de vitiosus e nullus. Cf. Pontes de Miranda, op. Cit., p. 6, in Tratado de Direito Privado. V. 1. 2ª. ed. Rio de Janeiro. Ed. Borsoi, 1954.. Em sentido semelhante cf. CARNE-LUTTI, Francesco.

vez que tal se apresenta impossível desde que diante do princípio a regra se verga. Porém, parte-se do entendimento de que o conceito de normas corresponderia aos de preceitos jurídicos, os quais seriam menos amplos e “axiologicamente inferiores” aos princípios. Estes, por sua vez, defeririam os valores, por terem a “forma mais elevada de diretrizes”, que faltaria aos valores, ao menos em grau de intensidade.

Pode-se então, num primeiro momento afirmar que a coisa julgada desvinculada do princípio da segurança jurídica perderia sua eficácia, eis que a coisa julgada referendada na Constituição Federal através do inciso XXXVI do artigo 5º., enquanto norma jurídica, estaria prejudicada em relação a axiologia ou o enfrentamento com aquele princípio (segurança jurídica).

Então, no exame do êxito no trânsito pelo plano da validade (onde se examina a conformidade com o direito, indagando da eficiência ou deficiência do suporte fático), ao qual está sujeito o provimento jurisdicional porque ato jurídico, onde a vontade é relevante, em matéria de análise da coisa julgada, o crivo de controle da segurança jurídica fica assaz limitado pela regra da preclusão. Verdade é, pois que, mesmo no plano da validade, circunstâncias excepcionais e específicas podem infirmar o ingresso do ato jurisdicional no plano da eficácia, afastado a exigibilidade de uma coisa julgada que só o é de maneira aparente, não se sustentando como tal à luz da Teoria do Fato Jurídico.

Finalmente, mesmo tendo trafegado com êxito pelo plano da existência e da validade, o provimento jurisdicional poderá tropeçar ainda no plano da eficácia, infirmando a ocorrência de real coisa julgada contemplada e abarcada pelo princípio da segurança jurídica e estabilidade da decisão no mundo social.

Nesse passo, é bastante figurativo o exemplo da coisa julgada em conflito com o ato jurídico perfeito e da segurança jurídica. Conflito apenas aparente, porque, em rigor técnico, um real conflito de tal ordem se apresenta impossível, pois, ou se tem o ato jurídico perfeito pela segurança jurídica da coisa julgada, e aí a coisa julgada não tem a eficácia de alterá-lo, pois ambos gozam de intangibilidade

como garantia constitucional, ou se tem a coisa julgada e, então, o ato não se aperfeiçoa como ato jurídico perfeito e segurança jurídica pelo mesmo motivo de intangibilidade, já agora da coisa julgada. Portanto, mesmo que existente e válido, o provimento jurisdicional pode encontrar obstáculo intransponível no plano da eficácia, portanto ineficaz, de molde a infirmar sua autoridade de coisa julgada no seu desdobramento mais importante, que é o da segurança jurídica.

Nota-se que, nesse caso (em relação ao ato jurídico perfeito), o status de coisa julgada se esboroa é no plano da eficácia, pois, ainda que juridicamente existente e válido, o que lhe falta é a força de poder alterar o ato jurídico perfeito contemplado e infectado pela segurança jurídica que este ato clama para ser identificado como de coisa julgada em toda a sua plenitude, de igual envergadura constitucional; ou seja, é problema de eficácia.

É o fato real que deve ser observado. Em última análise, é a aplicação da decisão ao fato jurídico como forma do efetivo cumprimento da jurisdição. A eficácia da coisa julgada se inter-relaciona com o princípio da segurança jurídica e se não há relação à coisa julgada, apesar de existente e válida é ineficaz, estaria dissociada, ausente do seu elemento principal que é o da efetividade à segurança jurídica.

E, ao compararmos a coisa julgada com a norma jurídica, embora se distinga, efetivamente, validade e eficácia em termos conceituais, a norma que não possui um mínimo de eficácia não pode ser válida. Assim, a decisão transitada em julgado não possui o status de coisa julgada (decisão imutável e com efeito de segurança jurídica), mas apenas uma forma de coisa julgada que se pode dizer aparente com a do coisa julgada propriamente dita (com status de coisa julgada).

Observa-se que Sérgio Gilberto Porto faz referência a dois aspectos sobre a coisa julgada que estruturam, de certa forma a posição aqui posta. Segundo o autor, ao fazer escrever sobre “a coisa julgada propriamente dita na common law”, assim explica:

“Enquanto na common law, o caso julgado pelas Cortes Superiores tem efeito de vincular as próximas decisões, isto é, a decisão tomada

no caso concreto além de fazer lei entre as partes, tem o condão de vincular as soluções dos conflitos subsequentes. Já no nosso sistema romano-germânico, como sabido, as decisões tendem a fazer lei entre as partes envolvidas não interferindo na solução de outras demandas, com partes diversas.”⁶

Sobre estes dois pontos mencionados pelo autor, a questão da efetividade e a ineficácia da coisa julgada à luz do fato jurídico, requer um enfoque diferente. Pois, não trata-se de exame sobre a função negativa ou positiva da coisa julgada e tão pouco sobre o sistema romano-germânico, cuja decisão fazer lei entre as parte.

O mesmo ocorre quando se considera no caso dessas ações é a existência da coisa julgada nas ações coletivas stricto sensu em que havendo duas sentenças conflitantes (primeira e segunda) que julgou o mesmo objeto e causa de pedir, porém ajuizadas por legitimados extraordinários diversos tendo em comum indivíduos filiados nas duas ações. Assim, a primeira sentença é a que se apresenta no âmbito da teoria do fato jurídico como sendo existente, válida e eficaz. Eficaz porque na qualidade de ter sido a primeira sentença, atende ao princípio da segurança jurídica ganhando o verdadeiro status de coisa julgada. Já, em relação a segunda sentença, por ter sido posterior, também é existente e válida, mas por não trazer em si a segurança jurídica, porque é a segunda, a posterior que julgou o mesmo objeto e causa de pedir que a primeira, não produz eficácia e, portanto, ausente de segurança jurídica, ganhando a condição de coisa julgada aparente, desde que a segunda sentença seja menos benéfica do que a primeira sentença, haja vista a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações de direito coletivo stricto sensu em que deve sempre prevalecer a decisão mais favorável.

Sendo assim a primeira sentença é que receberia a função negativa e positiva da coisa julgada, assim como teria o condão de fazer lei entre as partes.

Pode se concluir sobre esse aspecto, que no plano teórico não

6 PORTO, Sérgio Gilberto. Coisa Julgada Civil. 3ª. ed. Ed. RT, São Paulo. 2006, p. 43.

há razão para se ter como válida uma decisão transitada em julgado que não seja eficaz; na prática, bem se sabe que, existem decisões transitadas em julgado que nunca foram aplicadas e que, no entanto, são tidas como válidas. É claro que esta inaplicabilidade traz em si o gérmen da ineficácia e cabe ao teórico do Direito o dever de se manifestar descontente e contra a sua validade, pois não existe nenhuma lógica ter-se uma decisão transitado em julgado válida, ou seja, obrigatória e exigível, se ela nunca é observada, não é aplicada, por tanto ineficaz. Assim, tem-se na teoria uma idéia que prima pela lógica; na prática, um turbilhão de decisões transitadas em julgado que, embora ineficazes, são tidas como válidas.

A exemplo disso, imaginemos a seguinte situação hipotética: há mais de uma decisão transitada em julgado em ação coletiva stricto sensu, onde há o mesmo objeto e causa de pedir em ambas ações. Entretanto, uma ação foi ajuizada por uma determinada Associação (legitimado extraordinário) e a outra ação foi demanda por um Sindicato (legitimado extraordinário). A relação comum entre estas duas ações, além de terem no seu mérito o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, é a da existência da identidade de um grupo de indivíduos. Em determinada data transita em julgado a primeira sentença julgando pela improcedência do pedido, e posteriormente transita em julgado a segunda sentença julgando pela procedência do pedido. Tem-se por questão óbvia, que este grupo comum de indivíduos em ambas as ações, ao tomarem conhecimento da primeira decisão desfavorável, aguardariam a segunda decisão sobre a ação ajuizada pelo outro legitimado extraordinário.

Nesse caso, logicamente que a ineficácia da segunda sentença, assim como a ineficácia da coisa julgada nesta decisão, por ser considerada coisa julgada deficiente ou aparente (por não promover segurança jurídica em relação a decisão transitada em julgada anteriormente, caso contrário teria status de coisa julgada) faz com que este fenômeno atinja somente os indivíduos comuns nas duas demandas processuais. Pois, quanto aos demais indivíduos que não fazem parte

dos dois grupos de ação coletiva *stricto sensu*, apenas integram um grupo de ação coletiva, a estes indivíduos, não seria possível considerar a ineficácia da segunda sentença ou classificar a coisa julgada da segunda sentença como aparente, eis que cada ação proposta terá sob o crivo da decisão, a análise do objeto do pedido e da causa de pedir uma só vez e não duas vezes como ocorre nas ações coletivas que têm o mesmo objeto e causa de pedir.

Diante de tudo isso, pois antes de se concluir pela ocorrência de coisa julgada, é preciso averiguar se esta garantia está diante de um provimento jurisdicional juridicamente existente, válido e com eficácia apropriada de obrigar em todos os seus termos. Positivando-se o regular ingresso no mundo jurídico e o exitoso tráfego por todos os seus planos, só assim se estaria diante de verdadeira coisa julgada, podendo então falar em imutabilidade e indiscutibilidade, em exequibilidade, exigibilidade e coercitividade. Caso contrário, se estaria diante de uma mera coisa julgada aparente que não se sustenta diante da Teoria do Fato Jurídico.

DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E A PARTILHA DE COTAS SOCIAIS

Ana Cláudia Redecker¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos Regimes de Bens e do Reflexo Patrimonial no caso de Separação/Divórcio. 3. Características das Cotas Sociais da Sociedade Limitada. 4. Das Cotas Sociais em Relação à Meação 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No caso de separação/divórcio do casal, quando entre os bens a serem partilhados estão cotas sociais de sociedade limitada, muitas dúvidas podem surgir, pois, pela natureza deste tipo societário há terceiros envolvidos (sócios) e, não necessariamente há possibilidade de o cônjuge ser incluído na sociedade.

Nessas circunstâncias, busca-se o auxílio em outros ramos da ciência jurídica: com relação à separação e partilha de bens, se aplica o Direito de Família e, para regulamentar a sociedade envolvida, o Direito Societário.

A necessidade de partilhar as cotas sociais depende essencialmente de dois elementos: (01) do regime de bens escolhido no momento do casamento e (02) o momento da aquisição das cotas. Os regimes previstos em lei são: comunhão universal, comunhão parcial, participação final nos aquestos e separação de bens. Esse último pode ser convencional – feita através de pacto antenupcial – ou legal. Há, ainda, a possibilidade da caracterização da união estável que, salvo estipulação em sentido contrário, terá os efeitos do regime da

¹ Professora de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), Especialista em Ciências Políticas, Mestre em Direito e doutoranda em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada responsável pela área societária da Pandolfo Advogados Associados. E-mail: anacredecker@hotmail.com.br.

comunhão parcial de bens.

Partiremos de um panorama geral acerca dos regimes de bens e o reflexo patrimonial no caso de divórcio.

Posteriormente trataremos da natureza das cotas sociais em relação à meação e os efeitos para a sociedade limitada quando existe a necessidade de partilhar as cotas sociais buscando responder a alguns questionamentos, tais como: (a) o cônjuge não sócio após o divórcio passa a participar da sociedade com direito a metade das cotas do outro? (b) possui apenas o direito a participação nos lucros da sociedade conforme disciplina o artigo 1027 do Código Civil? (c) pode requerer a apuração dos haveres e receber o equivalente do valor das cotas sociais em dinheiro?

Abordaremos as questões controversas sobre o tema a partir da análise dos dispositivos do Código Civil pertinentes a matéria, princípios gerais de direito, direito civil, mas também da jurisprudência pátria com o objetivo de deixar o leitor atualizado com o entendimento que tem sido adotado pelos Tribunais Brasileiros.

2. DOS REGIMES DE BENS E DO REFLEXO PATRIMONIAL NO CASO DE SEPARAÇÃO/DIVÓRCIO.

Ao constituir uma família haverá consequências não apenas no âmbito pessoal, mas também quanto ao patrimônio, possuído até o momento e o que será ainda construído futuramente.

A essência das relações econômicas entre os consortes reside, em especial, no regime matrimonial de bens que está submetido.

A legislação brasileira prevê a possibilidade de serem adotados quatro regimes de casamento:

- comunhão universal de bens;
- comunhão parcial de bens ou regime legal;
- separação de bens; e,
- participação final nos aquestos.

Os nubentes podem escolher livremente qual será o regime vigente na relação conjugal, sendo que, no silêncio das partes, fica eleito o regime legal.

No regime de comunhão total ou universal de bens – que era o regime legal até o advento da Lei 6.515/77 – os bens adquiridos antes ou durante o casamento se comunicam entre os cônjuges, formando em sua integridade um patrimônio comum, inclusive, doações e heranças recebidas por uma das partes². O artigo 1.668 do Código Civil excluiu alguns bens da comunhão, *in verbis*:

I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomisário, antes de realizada a condição suspensiva;

III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV – as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V – Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Não obstante a incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento.

Na comunhão parcial de bens³, os bens adquiridos antes do casamento não se comunicam entre os cônjuges, mas os adquiridos onerosamente durante a união passam a ser patrimônio comum do casal⁴. Esta regra não inclui as doações e heranças, que não se

² Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

³ Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

⁴ De acordo com o artigo 1660 do Código civil entram na comunhão: *I – os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III – os bens adquiridos por doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges; IV – as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.*

comunicam entre os cônjuges⁵. No entanto, os frutos e os rendimentos dos bens anteriores ao matrimônio e daqueles recebidos por doação ou herança são considerados havidos na constância do casamento⁶. Na hipótese da sociedade já existir antes do casamento, o cônjuge não sócio, se o regime for o da comunhão parcial, não fará jus a receber o equivalente à metade do acréscimo de novas cotas em decorrência do aumento do capital social. Nesse sentido:

“Agravado de instrumento. Casamento. Dissolução. Partilha. Apuração dos frutos de participação societária. Perícia que incluiu a valorização das quotas sociais decorrente de aumento de capital social, por reinvestimento de lucros não distribuídos. Descabimento. Decisão agravada que determinou ao Perito a retificação da perícia para excluir a valorização. Recurso improvido.” (Agravado de Instrumento nº 0116327-14.2012.8.26.0000, TJ/SP, Data do Julgamento: 26/09/2012)

*“Ação de divórcio. (...) A partilha dos bens comuns ao extinto matrimônio, celebrado sob o regime da comunhão parcial, deve ser feita nos próprios autos do divórcio. (...) **Cotas de sociedade empresária constituída pelo ex-marido antes do casamento. Sua valorização patrimonial decorre do fenômeno econômico, não dos esforços comuns do casal e, destarte, apenas a ele devem ser atribuídas.** Precedente do STJ (REsp 1.173.931, PAULO DE TARSO SANSEVERINO). Sentença, que havia determinado a partilha da maior valia da empresa verificada na constância do casamento, reformada. Recíprocas apelações conhecidas e providas em parte”. (Apelação nº 0008727-80.2013.8.26.0037, TJ/SP, Data do Julgamento: 10/11/2015). Grifei.*

Na separação total de bens⁷ os bens adquiridos antes ou durante o casamento não se comunicam entre os cônjuges. Este regime pode ser eleito pelas partes (separação convencional de bens) ou imposto

5 Ficam excluídos da comunhão nos termos do disposto no artigo 1659, do Código Civil: I – os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II – os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III – as obrigações anteriores ao casamento; IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V – os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI – os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII – as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

6 Sobre o tema ver GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume VI – Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005.

7 Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

por lei⁸ (separação obrigatória de bens).

Questão bastante controversa é a de saber se no regime da separação obrigatória de bens pode haver comunicabilidade de bens havidos na constância do matrimônio, por mútuo esforço dos cônjuges. Desta forma, provado que o bem foi adquirido com o esforço apenas de um dos cônjuges não haveria que se falar em qualquer direito do outro. Nesse sentido:

“I – Em se tratando de regime de separação obrigatória (Código Civil, art. 258), comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum. II – O enunciado nº 377 da Súmula do STF deve restringir-se aos aquestos resultantes da conjugação de esforços do casal, exegese que se afeiçoa a evolução do pensamento jurídico que repudia o enriquecimento sem causa. III – No âmbito do recurso especial não é admissível a apreciação da matéria fática estabelecida nas instâncias locais. (REsp 9938 / SP; DJ 03/08/1992 p. 11321)

No regime de participação final nos aquestos⁹ há formação de massas de bens particulares incommunicáveis durante o casamento, mas que se tornam comuns no momento da dissolução do matrimônio¹⁰, de sorte que na constância do casamento os cônjuges têm a expectativa de direito à meação, pois cada um é credor da metade do que o outro adquiriu, a título oneroso durante o matrimônio¹¹.

A União Estável não precisa de um ato formal para sua constituição, pois resta caracterizada quando o casal se une com o intuito de constituir família, com mútua convivência, passando a partilhar

8 O regime é imposto por lei nos casos em que um dos nubentes seja maior de 70 anos; dependerem, para casar, de suprimento judicial; ou, contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração de casamento.

9 Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

10 Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios: I – os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; II – os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; III – as dívidas relativas a esses bens. Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis.

11 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5º Volume. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 161.

da vida em comum. A legislação em vigência não estabelece requisito(s) quanto ao tempo do convívio para sua caracterização. Em síntese é necessário demonstrar a estabilidade na união; publicidade; continuidade e o objetivo de constituir família. A escolha do regime de bens pode ser realizada através de uma escritura pública de constituição de união estável. Caso não ocorra, aplicar-se-á o regime da comunhão parcial de bens. Nesse sentido:

“(...) 2. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros. 3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso. (...)” (REsp 1171820/PR DJe 27/04/2011, LEXSTJ vol. 262 p. 149)

A partir das características dos regimes de bens analisados verifica-se que não haverá a partilha de quotas detidas por um dos cônjuges nas seguintes hipóteses:

(a) se o regime escolhido for o da separação de bens; sendo necessário fazer as seguintes ressalvas: (a.1) na separação convencional não há pacto antenupcial excepcionando as regras do regime escolhido; e, (a.2) no caso da separação obrigatória não houver a aquisição de quotas na constância do matrimônio, por mútuo esforço dos cônjuges;

(b) nos regimes da comunhão parcial de bens e participação final nos aquestos em relação às quotas adquiridas antes do matrimônio ou da constituição da união estável.

3. CARACTERÍSTICAS DAS COTAS SOCIAIS DA SOCIEDADE LIMITADA

Os sócios ao contribuírem para o capital social mediante a transferência de dinheiro ou bens à sociedade adquirem, em contrapartida, cotas sociais¹². As cotas sociais conferem ao sócio um percentual sobre

12 Sobre o tema ver: BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO. Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado*

a totalidade da sociedade e representam direitos e obrigações inerentes à condição de sócio¹³.

Os sócios ao elaborarem o contrato social da sociedade limitada podem optar em atribuir às cotas valores iguais ou diferentes (art. 1055, CC) e, ainda, qual(is) será(ão) a(s) regra(s) para a sua transferência, pois as cotas funcionam como objeto do direito de propriedade. No caso de omissão aplica-se o disposto no artigo 1057 do Código Civil, ou seja, a transferência das cotas a terceiro estranho ao quadro social poderá ser realizada desde que não haja oposição de titulares de mais de um quarto (25%) do capital social. Nesse sentido:

“O acordo celebrado entre o casal em ação de separação consensual não pode se sobrepor ao previsto no contrato social. A partilha das cotas pertencentes ao varão forma apenas entre ele e sua ex-esposa uma subsociedade, não a incluindo como sócia da empresa. Assim, não pode ser determinado que a sociedade primitiva transfira a sua parte das cotas para o nome da sua ex-esposa, passando a figurar no quadro social sem aquiescência dos demais” (AI nº 96.003109-0, 1ª Câmara Cível do TJSC, Rel. Des. Carlos Prudêncio).

Destarte, as sociedades limitadas, em decorrência de seu caráter contratual, detêm, na maioria das vezes, um perfil personalíssimo limitador da entrada de terceiros no quadro de sócios (caráter *intuitu personae*).

4. DAS COTAS SOCIAIS EM RELAÇÃO À MEAÇÃO

A partir dos apontamentos realizados no item 2, verifica-se que, dependendo do regime de bens do casal, quando um deles possuir cotas de uma sociedade limitada o consorte não sócio, em caso de separação ou divórcio, terá direito a exigir que as cotas entrem na partilha de bens. O objetivo é assegurar o recebimento do que eventualmente caiba ao ex-cônjuge que não tenha sido transferida nem compensada com outros bens na partilha.

do de Direito Comercial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. GOMES, Fábio Bellote. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

13 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário*. Vol.1. São Paulo: Atlas, 2013, p. 352.

A questão que merece ser analisada diz respeito se ao aquinohar cotas em razão da partilha o ex-cônjuge (1) se tornará sócio e terá direito a exercer os direitos inerentes a esta condição; (2) apenas terá direito a exigir os lucros líquidos auferidos pela sociedade; ou (3) terá direito a exigir a apuração do valor correspondente as cotas sociais.

No que tange ao item (1) acima é necessário verificar, conforme tratado no item anterior, o que o contrato social prevê para a cessão de cotas a terceiros estranhos ao quadro social. O contrato prevendo que é necessária a anuência dos demais sócios para o ingresso de terceiros é evidente que somente com a concordância destes o ex-cônjuge passará a ser sócio ingressando no contrato social. Logo, o beneficiário de cotas em razão de partilha não passa automaticamente à condição de sócio. Nesse sentido:

*“As cotas de sociedade limitada, enquanto representando direito patrimonial de participar dos lucros e da partilha do acervo líquido, em caso de dissolução, integram, em princípio, a comunhão, nada importando que figurem em nome de um dos cônjuges. O que **não se comunica é o status de sócio**” (STJ, REsp. nº 248.269-RS, j. 2.5.2000, RSTJ 136/296)*

O legislador, cuidadoso no que se refere à preservação da empresa¹⁴ exercida pela sociedade, restringiu os efeitos da partilha¹⁵ (artigo 1027 do Código Civil), ou seja, estabeleceu que o cônjuge do sócio que dele se separou/divorciou judicialmente, não pode exigir a parte que lhe couber na quota social (apuração dos haveres), cabendo-lhe

14 De acordo com Eduardo Goulart Pimenta (in *Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004, p. 33-34) “(...) o princípio da preservação da empresa constitui-se na imposição de determinadas normas e condutas ao empresário e àqueles que diretamente estão envolvidos com a empresa, tendentes a possibilitar ao organismo econômico cumprir com a demanda social em torno de si mesmo que à custa do interesse de seus titulares. Dentre estas normas, certamente estão, e não é demais repetir, os já mencionados institutos de exclusão e da dissolução parcial da sociedade.” Nesse sentido Henrique Avelino Lana (in *Dissolução nas Sociedades Limitadas. Análise econômica sobre a inclusão do aviamento na apuração de haveres*. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012, p. 100) dispõe: “Pelo princípio da preservação da empresa, pretende-se impor a continuação da atividade, evitando seu encerramento, devido a impasses individuais atrelados exclusivamente às pessoas que compõem a sociedade, tendo em vista as repercussões econômicas positivas que a manutenção da atividade acarreta a terceiros.”

15 FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. SZTAJN, Rachel. Código Civil Comentado – Direito de Empresa. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 338.

concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se verifique a liquidação da sociedade. Desta forma a partilha não é prejudicada, mas, enquanto durar a sociedade, o ex-cônjuge não recebe mais do que a partilha dos resultados líquidos auferidos pela sociedade. Concorrerá no rateio do acervo social com base no percentual de participação que lhe couber, uma vez dissolvida a sociedade por qualquer meio¹⁶.

De acordo com Sérgio Campinho¹⁷ o objetivo foi manter incólume o patrimônio da sociedade, evitando que o ex-cônjuge pudesse pretender a liquidação da quota, tendo a sociedade que indenizá-lo nos haveres correspondentes. Além de evitar o abalo da *affectio societatis* com o ingresso do ex-cônjuge. Nesse sentido:

*“Sociedade da qual participa o ex-marido da autora. Divórcio decretado sem, contudo, ter sido realizada a partilha de bens. Comunhão das cotas que se transmutou para condomínio. **A autora não ingressou na sociedade como sócia. Tem direito aos frutos e dividendos, como determina o art. 1.027, do CC.** Direito à prestação de contas da administração do corréu sobre sua participação social na empresa. Recurso parcialmente provido. (1006419-63.2014.8.26.0637, TJ/SP, Data do julgamento: 19/09/2016)*

*“APELAÇÃO. Ação que visa a partilha de cotas sociais adquiridas durante a constância do matrimônio. Pedido de liquidação das cotas partilhadas em relação a autora. Sentença de procedência para decretar a partilha de 22.000 cotas, cabendo à autora 50%, além das retiradas mensais de tal quinhão desde a separação. Inconformismo do réu. Acolhimento parcial. partilha que deve recair sobre os direitos relativos às cotas sociais, não as cotas em si. **A partilha dos direitos relativos às cotas sociais não importa em partilha de instrumentos de trabalho. partilha que também não implica na imediata admissão da autora como sócia. Inteligência do artigo 1.027 do Código Civil.** Necessidade de admissão pelos demais sócios. Previsão no contrato social. **Autora que faz jus ao lucro relativo ao quinhão partilhado desde a separação, mas não às cotas sociais.** Sentença parcialmente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.” (Apelação nº 0007575-67.2012.8.26.0510, TJ/SP, Data do julgamento: 15/03/2016)*

16 GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 250.

17 In *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 115.

“Diante das novas disposições introduzidas pelo Código Civil de 2002, fica evidente que a ‘meeira das cotas’ não pode obrigar a sociedade, quer a aceitá-la em seus quadros, face a ineficácia da transação perante a pessoa jurídica nos termos do art. 1.003 do CC/02, quer a apurar e consequentemente pagar os direitos societários que aquela adquiriu perante o ex-cônjuge (art. 1.027 do CC/02), devendo aguardar a liquidação integral da sociedade ou das cotas titularizadas pelo último. De todo modo, tal entendimento não constitui óbice ao levantamento do efetivo valor patrimonial das cotas partilhadas e titularizadas pela ex-mulher do sócio, pois a ela, inegavelmente, compete o direito de apurar o quantum correspondente aos direitos que adquiriu. E, apurada a quantia, embora a meeira nada possa exigir das sociedades, poderá postular o adimplemento pelo ex-marido, ou, ainda, alienar os aludidos direitos a terceiros, eventualmente interessados na respectiva aquisição.” (TJSC. AI 2006.025470-4. DJ 22.11.07)

Ressalta-se que o cônjuge sócio (separado, divorciado ou ex-convivente de união estável) continua titular de todas as cotas sociais que subscreveu e integralizou, mantendo sua individualidade no âmbito societário, seja administrando, deliberando ou exercendo qualquer ato admissível pelo contrato social, sem a interferência do ex-cônjuge nesses assuntos. Ou seja, os direitos do ex-cônjuge não sócio são exclusivamente aqueles de natureza patrimonial. Nesse sentido Alfredo de Assis Gonçalves Neto¹⁸ leciona:

*“Assim, o ex-cônjuge havendo parcela da quota social do sócio ou parte das quotas sociais deste, não se pode imiscuir na administração da sociedade, não tem direito de fiscalizar a gestão social nem de deliberar sobre os assuntos de interesse dela. **Permanecem esses direitos com o sócio.** Sendo a partilha averbada à margem da inscrição da sociedade, seus efeitos irradiam-se para a sociedade, os sócios e terceiros. Isso significa que, a partir de então, a sociedade passará a pagar os dividendos na proporção devida ao ex-cônjuge diretamente, dividendos esses que podem ser objeto de constrição judicial (penhora, por exemplo) diretamente junto à sociedade e assim por diante.”*

Destarte a subsociedade formada pelos cônjuges (decorrente da união estável ou do casamento) não se comunica com a sociedade

18 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 251.

e com os demais sócios, pois a regra é pela vedação do ingresso do ex-cônjuge aquinhado com as cotas na sociedade.

A indenização do valor resultante das cotas sociais adquiridas ou acrescidas pelo cônjuge/companheiro sócio a ser pago a(o) cônjuge/companheira(o) não sócia(o) se dará numa relação de subsociedade, onde, aquele que não integra a sociedade é sócia(o) de seu(ua) cônjuge/companheira(o) por força da meação, **mas não o é em face aos demais sócios que integram a sociedade**. Neste sentido:

*“Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Apuração de haveres e dissolução parcial da empresa. Cônjuge que adquiriu cotas em razão da dissolução de seu casamento com um dos sócios. **Circunstância que não a torna sócia da sociedade.** Intuito personae cujo elemento é o affectio societatis. Carência de ação bem decretada. **Direito de percepção dos lucros e dividendos deve ser perseguida em procedimento próprio.** Sentença de extinção sem resolução do mérito mantida. Recurso não provido.”* (Apelação nº 0123702-08.2008.8.26.0000; TJ/SP, Data do julgamento: 31/07/2013)

Este aspecto merece uma reflexão. Sobre esse tema o Ministro Eduardo Ribeiro, no voto-visto proferido no julgamento do REsp nº 114.708-MG, DJ 16/04/2001, defende que se a ex-cônjuge que recebe na partilha cotas sociais não pode adquirir a qualidade de sócia sem o consentimento dos demais sócios; se não é sócia não pode pleitear a apuração de haveres e também não lhe seria dado participar dos lucros. Logo, ou se admite o ex-cônjuge na sociedade ou se procede à dissolução parcial da sociedade, pois privá-la de qualquer direito é inadmissível.

O Superior Tribunal de Justiça entendia que o ex-cônjuge não possuía legitimidade para propor demandas contra a sociedade visando o recebimento dos haveres correspondentes à participação societária objeto da partilha (ação de dissolução parcial visando a apuração de haveres) tendo em vista que tal medida só cabe a quem dela seja sócio, pois o adquirente das cotas não se equipara a tal, mesmo que por partilha em dissolução de casamento pelo regime da comunhão de bens. No Recurso Especial nº 114.708-MG, foi alterado o reiterado

posicionamento e admitiu-se que o cônjuge que recebesse cotas sociais em partilha tivesse legitimidade para apurar seus haveres¹⁹.

“A ação de apuração de haveres em sociedade comercial por cotas de responsabilidade limitada cabe somente a quem dela seja sócio, não se equiparando a tal quem adquire cotas de outro sócio, ainda que por partilha em dissolução de casamento pelo regime da comunhão de bens”. (cf. (REsp. nº 29.897-4-RJ, 3ª Turma, rel. Min. Dias Trindade).

A análise crítica da regra prescrita no artigo 1027, CC conduz, assim, aos seguintes questionamentos:

(a) Qual a diferença na situação do ex-cônjuge/companheiro não sócio que possui direito a partilha das cotas em relação ao credor particular de sócio? A partir desta comparação chega-se a conclusão que o sistema é incoerente, pois permite, nos termos do disposto no artigo 1026, parágrafo único, do CC que o credor ajuíze ação para dissolver parcialmente a sociedade e liquidar as cotas sociais do sócio devedor, recebendo assim seus créditos²⁰, mas não admite o mesmo direito ao ex-cônjuge/companheiro não sócio, de receber o valor patrimonial das cotas partilhadas, sob o argumento da incidência do princípio da preservação da empresa, pois a liquidação parcial da sociedade colocaria em risco sua própria existência. Não obstante, ressalta-se que o credor particular do sócio devedor apenas pode direcionar a execução contra as quotas sociais na hipótese de não existirem outros bens do devedor a serem constritos²¹.

19 FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. SZTAJN, Rachel. Código Civil Comentado – Direito de Empresa. Coordenador Álvaro Villaza Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 343.

20 Nesse sentido: *AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA DE QUOTAS SOCIAIS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 E 356/STF. 1.- Esta Corte já firmou entendimento que é possível a penhora de quota social, inclusive, a previsão contratual de proibição à livre alienação das quotas de sociedade de responsabilidade limitada não impede a penhora de tais quotas para garantir o pagamento de dívida pessoal de sócio. Isto porque, referida penhora não encontra vedação legal e nem afronta o princípio da affectio societatis, já que não enseja, necessariamente, a inclusão de novo sócio. 2.- O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância a quo, incidem os enunciados 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 3.- Agravo improvido. (AgRg no AREsp 231266 / SP; DJe 10/06/2013)*

21 Leonardo de Faria Beraldo (Da exclusão de sócio nas sociedades limitas. In BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). *Direito societário na atualidade: aspectos polêmicos*. Belo Horizonte:

(b) Prescrever que o ex-cônjuge do sócio permaneça ligado à sociedade até que a mesma seja liquidada afronta o comando contido no art. 5º, XX, da CF/88? Entendemos que sim, agravada com a impossibilidade de gerência sobre a administração e o destino da sociedade, pois fica à mercê das deliberações dos demais sócios. Nesse sentido precedente do C. Superior Tribunal de Justiça defende o entendimento de que o cônjuge que recebeu em partilha cotas sociais tem legitimidade para apurar seus haveres, pena de se negar valor econômico ao bem partilhado, com consequências lesivas ao seu patrimônio. Nesse sentido:

“Recurso especial. Sociedade por cotas. Dissolução e liquidação. Separação judicial. Partilha. Affectio societatis. 1. O cônjuge que recebeu em partilha a metade das cotas sociais tem legitimidade ativa para apurar os seus haveres. 2. Hipótese, ainda, em que o Tribunal a quo, interpretando o contrato, entendeu que o cônjuge meeiro pode ingressar na sociedade. Incidência da Súmula nº 5/STJ. 3. Recurso especial não conhecido, por maioria” (REsp nº 114.708-MG, DJ 16/04/2001)

“DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE. Cotas sociais partilhadas em ação de separação judicial. Aplicação literal do art. 1027 do Código Civil. Inadmissibilidade. Apelante que tem o direito de receber o valor patrimonial das cotas partilhadas. Preservação do direito constitucional de propriedade e do direito fundamental de acesso à Justiça. Precedente do C. STJ. Legitimidade ativa da Apelante reconhecida. Decreto de extinção afastado. Recurso Provido.” (Apelação nº 0010761-14.2012.8.26.0344, TJ/SP, julgado em 17/11/2014)

As situações discutidas e a jurisprudência colacionada denotam uma mudança no entendimento quanto à aplicação literal do artigo 1027 do Código Civil, ou seja, começa a se verificar uma tendência em se admitir a dissolução parcial da sociedade para apuração do valor patrimonial das cotas partilhadas.

Destarte, a dissolução do casamento e/ou da união estável, dependendo do regime de bens e do momento da aquisição das cotas pelo cônjuge sócio pode trazer efeitos para a sociedade, desde a

Del Rey, 2007, p.211) sobre o tema leciona que “(...) a redação do artigo 1026 é bem clara ao determinar que, primeiro, deve-se tentar penhorar eventual lucro a ser distribuído, e, apenas não havendo, ou na insuficiência deste, poderia penhorar-se e liquidar-se as suas quotas da sociedade. Ou seja, para que implemente a condição a fim de que seja concedida a liquidação, deve a sociedade não só estar em funcionamento, mas também não existir lucros a partilhar.”

prestação de informações como, o repasse de lucros àquele não sócio, ou, ainda, a dissolução parcial da sociedade.

5. CONCLUSÃO

O tema objeto do presente artigo ainda não é pacífico, pois para apurar se no caso de separação/divórcio o cônjuge/companheiro não sócio terá direito as cotas do cônjuge sócio é necessário primeiro admitir que esse cônjuge/companheiro tem direito a partilhar as cotas que estão em nome do outro consorte, esse integrante do quadro societário da pessoa jurídica a partir da análise das particularidades do regime de bens e das características do caso concreto (*v.g.* momento e forma de aquisição da participação societária).

Apurado o direito a partilha dos bens, existindo cotas a serem partilhadas, há uma discussão doutrinária e jurisprudencial que gira em torno da aplicação literal do artigo 1027 do Código Civil que defende que o cônjuge/companheiro não sócio que se separou judicialmente não pode exigir a dissolução parcial da sociedade visando receber o valor patrimonial das cotas que lhe tocaram na partilha – corrente minoritária, mas deve concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade – corrente majoritária.

A corrente minoritária considera que a aplicação literal do artigo 1027 do Código Civil afronta o princípio da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional, além de permitir uma série de abusos, pois mantém o ex-cônjuge/companheiro não sócio num clara posição de subordinação, tendo direito a lucros (sempre que a sociedade obtiver!!), mas não adquirindo a condição de sócio, pois a inclusão no quadro social requer, regra geral, a concordância dos demais sócios da sociedade.

Apesar de majoritária a corrente que entende cabível a aplicação do artigo 1027 do Código Civil, entendemos que a mesma não se compadece com nosso sistema jurídico, pois os conceitos aplicáveis ao direito empresarial, quando em confrontação aos temas afetos ao direito de família, devem ser aplicados também à luz das regras e

princípios do direito de família. Assim, entendemos que, ou se admite o ex-cônjuge/companheiro na sociedade, ou deve ser realizada a dissolução parcial da sociedade para apuração do valor patrimonial das cotas partilhadas, sob pena de se afrontar o direito constitucional, pois fica aliado do exercício pleno da propriedade.

6. REFERÊNCIAS

- BERALDO, Leonardo de Faria. Da exclusão de sócio nas sociedades limitadas. In BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). *Direito societário na atualidade: aspectos polêmicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO. Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CAMPINHO, Sérgio. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5º Volume. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. SZTAJN, Rachel. *Código Civil Comentado – Direito de Empresa*. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Fábio Bellote. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume VI – Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LANA, Henrique Avelino. *Dissolução nas Sociedades Limitadas. Análise econômica sobre a inclusão do aviamento na apuração de haveres*. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012.
- PIMENTA, Eduardo Goulart Pimenta. *Exclusão e retirada de sócios: conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. Teoria Geral e Direito Societário. Vol.1. São Paulo: Atlas, 2013.

A APURAÇÃO DE HAVERES NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS: BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS INCENTIVOS DERIVADOS DAS CLÁUSULAS NEGOCIADAS EM CONFRONTO COM A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

André Fernandes Estevez¹

Gabriela Wallau Rodrigues²

Laís Machado Lucas³

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A participação em lucros e prejuízos no Direito Societário brasileiro. 3. Flexibilização das regras contratuais entre sócios. 4. Participação parcial nos prejuízos e o problema do valor justo. 5. Valor justo, pacto entre sócios e a visão da jurisprudência. 6. Definição de valor não comutativo como função indutora de conduta. 7. Conclusão. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Societário brasileiro permite que sócios estipulem cláusulas contratuais ou estatutárias que prevejam a forma de apuração de haveres, sendo esta fruto da autonomia privada⁴. A mesma previsão, que já era encontrada no art. 1.031 do Código Civil⁵, foi renovada,

1 Professor de Direito Empresarial na PUCRS. Doutor em Direito Comercial pela USP. Mestre em Direito Privado pela UFRGS. Advogado.

2 Professora de Direito Empresarial na PUCRS. Doutoranda em Direito Privado pela UFRGS. Mestre em Direito pela PUCRS. Advogada.

3 Professora de Direito Empresarial na PUCRS e na UNISINOS. Doutoranda em Direito Privado pela UFRGS. Mestre em Direito pela PUCRS. Advogada.

4 Em relação às sociedades simples, aplica-se por incidência do art. 1031 do Código Civil, o qual também incide supletivamente nas sociedades limitadas (art. 1053 do Código Civil), bem como nas sociedades anônimas (art. 1089 do Código Civil).

Em relação às sociedades anônimas, o critério utilizado para estruturar a aplicação subsidiária do CC às sociedades anônimas consiste em verificar se os preceitos do CC “forem compatíveis com a natureza *intuitu pecuniae* dessas sociedades” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: RT, 2007. p. 412).

5 CC, Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição

neste ponto específico, no novo Código de Processo Civil⁶, reforçando a necessidade de adotar-se a convenção societária⁷ e, somente na hipótese de lacuna, partir-se para os critérios estabelecidos em lei.

Conforme o mecanismo adotado na via contratual, podem-se obter resultados diversos, permitindo-se que seja alcançado: (a) um preço *justo*; (b) um preço não comutativo; (c) a supressão da participação de uma das partes em lucros ou prejuízos da sociedade. Na visão dos Tribunais, alcançar um preço considerado *justo* não é problema, tampouco definir o que é um valor *justo*⁸. Está na distorção de valores a dificuldade potencial atinente às cláusulas do pacto.

Antônio Junqueira de Azevedo analisa em parecer um pacto parassocial no qual assinala que o valor buscado deve ser o real pela colocação no contrato de se almejar o “preço justo”⁹, a indicar que sem este critério expresso não seria necessário alcançar-se uma real comutatividade no caso em exame¹⁰, mas que seria possível a revisão por disparidade em razão do critério fixado¹¹, porque o que não se

contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

- 6 NCPC, Art. 606. Em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma.
- 7 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Da ação de dissolução parcial de sociedade: comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 69.
- 8 Não se retira a enorme importância sobre critérios de apuração de haveres. Contudo, foge ao âmbito deste estudo se debruçar sobre os exatos critérios admissíveis em razão do foco do estudo.
- 9 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 275.
- 10 Em complemento, Luiz Gastão Paes de Barros Leães sustenta que o contrato de opção de venda de participação societária é aleatório e, portanto, não precisa ancorar-se no valor de mercado das ações, como consta em A área normal do contrato e o momento do exercício das opções. *Revista de Direito bancário e do mercado de capitais*, nº 39. São Paulo: RT, 2008. p. 103; Em sentido diverso, Antônio Menezes Cordeiro afirma que: “Os Direitos do Sul, atentas as características psicológicas dos seus patrícios, sabem que há uma permanente tentação de se dar o que (ainda) não se tem e o de assumir, para um futuro indeterminado, obrigações sem critério. [omissis] É nesta linha que se deve inscrever a proibição dos pactos leoninos: envolvem um misto de renúncia antecipada aos direitos e de doação do que (ainda) não se tem. Se alguém quiser dar lucros ou arcar com prejuízos, tudo bem: fá-lo-á, porém, na altura concreta em que ocorram e com eficácia limitada aos valores efectivos então em jogo.”, como consta em CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de Direito das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2004, vol. I. p. 536-537.
- 11 Antônio Junqueira de Azevedo sustenta que o problema está na onerosidade excessiva (*Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 201). No entanto, o problema não é esse, mas sim a eventual supressão de direitos essenciais dos sócios.

admitiria seria a exclusão total ou desproporcional de qualquer sócio da participação em lucros ou prejuízos de uma sociedade.

Para elucidar e se posicionar frente ao problema proposto, torna-se necessário observar alguns fundamentos do direito societário aplicáveis à matéria, para o fim de indicar os adequados contornos deste estudo.

2. A PARTICIPAÇÃO EM LUCROS E PREJUÍZOS NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO

O *contrato* de sociedade é considerado um modelo particular de negócio jurídico, que encontra alguns limites na natureza deste modelo contratual¹². Isto porque, desde o império romano, trava-se limite às *cláusulas leoninas*, aquelas em que algum dos sócios era excluído da integralidade das perdas ou dos lucros da sociedade em razão de *pacto*¹³. Tais disposições contrariam o *jus fraternitatis*¹⁴ que deveria imperar entre os sócios para movê-los ao fim comum.

No final do século XIX houve a introdução das sociedades de responsabilidade *limitada* como resposta “capaz de atender às exigências da expansão desmedida das relações mercantis, sem os formalismos então vigentes para as sociedades anônimas”¹⁵, embora se mantenha até os dias atuais frequentes dificuldades doutrinárias em admitir a responsabilidade limitada dos sócios¹⁶.

Mesmo com a limitação da responsabilidade, ainda assim o

- 12 GERMAIN, Michel; MAGNIER, Véronique. *Les sociétés commerciales*. 21. ed. Paris: LGDJ, 2014. p. 43: “La liberté de répartition accordée aux associés trouve sa limite dans le respect nécessaire de la nature du contrat de société. L’article 1844-1, al. 2, Civ. répute non écrite la convention que donnerait à l’un des associés la *totalité des bénéfices*; ou qui *exclurait totalement un associé du profit*.”
- 13 GAUDEMET, Jean; CHEVREAU, Emmanuelle. *Droit privé romain*. 3. ed. Paris: Montchrestien, 2009. p. 273 (Original: “Il reste que les apports des diverses parties doivent être relativement équivalents. Sinon la société serait ‘léonine’ »).
- 14 GERMAIN, Michel; MAGNIER, Véronique. *Les sociétés commerciales*. 21. ed. Paris: LGDJ, 2014. p. 43.
- 15 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 298.
- 16 DENOZZA, Francesco. *Responsabilità dei soci e rischio d’impresa nelle società personali*. Milão: Giuffrè, 1973. p. 20; Atualmente verificam-se, igualmente, tais dificuldades, em especial nas áreas consumerista e trabalhista.

sócio arrisca seu capital, ao menos até o limite do capital social integralizado. A contrapartida ao possível lucro é o risco de perda do valor investido em determinada sociedade¹⁷.

Por esta razão, o Código Comercial de 1850 já dispunha em seu artigo 288 que seria *nula a sociedade ou companhia* que excluísse algum dos sócios dos riscos da atividade. O Código Civil de 1916 dispôs em sentido similar ao afirmar no art. 1.372 que seria nula a cláusula que “atribua todos os lucros a um dos sócios, ou subtraia o quinhão social de algum deles a composição dos prejuízos”, admitindo apenas a estipulação que exima o sócio de indústria de “compartir as perdas sociais”. A exceção ao sócio de indústria foi logo suprimida pelo Decreto n.º 3.725/1919. O Código Civil de 2002 dispõe no art. 1.008 redação muito próxima à anterior, mencionando que é *nula a estipulação contratual* que exclua os sócios de participar de lucros ou perdas. Em vez de se considerar nula a *sociedade*, apenas modificou-se para colocar como alvo a *estipulação (cláusula)*, assim como havia feito o Código Civil de 1916.

Em similar sentido, o Direito societário francês reputa “não escrita”, por leonina, a cláusula que exclua qualquer sócio das perdas da atividade empresária¹⁸, bem como em Portugal o art. 22 do Código das Sociedades¹⁹ obriga a uma participação proporcional de cada sócio nos lucros e prejuízos²⁰.

17 CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2004, vol. I, p. 529.

18 CANNU, Paul Le; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 3. ed. Paris: Montchrestien, 2009. p. 115: “Les limites des accords inégalitaires sont fixes par l’article 1844-1, alinéa 2: ‘toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité Du profit procuré par la société ou l’exonérant de la totalité des pertes, celle excluant Du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes, sont réputées non écrites’. Dans les quatre situations, on rencontre une forme d’exclusivité, qui peut être soit avantageuse (réservation de tout Le bénéfice, exclusion de toute participation aux pertes), soit préjudiciable (attribution de toutes les pertes, absence totale de vocation aux bénéfices)”.

19 Código das Sociedades português, Artigo 22.º (Participação nos lucros e perdas) 1. Na falta de preceito especial ou convenção em contrário, os sócios participam nos lucros e nas perdas da sociedade segundo a proporção dos valores nominais das respectivas participações no capital. 2. Se o contrato determinar somente a parte de cada sócio nos lucros, presumir-se-á ser a mesma a sua parte nas perdas. 3. É nula a cláusula que exclui um sócio da comunhão nos lucros ou que o isente de participar nas perdas da sociedade, salvo o disposto quanto a sócios de indústria. 4. É nula a cláusula pela qual a divisão de lucros ou perdas seja deixada ao critério de terceiro.

20 CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2004, vol. I, p. 530.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto sustenta visão relativamente flexível do art. 1.008 do CC. O autor indaga sobre a possibilidade de se fixar participação em valor exíguo, para não ferir a previsão do referido artigo. Entende que a participação nos lucros e nas perdas de forma absolutamente desproporcional importa em *sociedade leonina*, porquanto confere vantagens exageradas a alguns sócios em detrimento de outros²¹. Ademais, afirma que a fixação de limite máximo para participação nos lucros é perfeitamente possível, mas o mesmo não pode ocorrer em relação às perdas, porquanto há interesses de terceiros que devem ser respeitados, em especial frente ao disposto no art. 1.023 do Código Civil. Complementa que nenhum impedimento existiria sobre a limitação de responsabilidade em relação a um ou mais sócios, com disposição que geraria efeitos apenas entre estes, mas não perante terceiros²².

A noção de *societas leonina* com a própria ideia de sociedade²³. Visto que existe escopo de lucro, tal supressão configuraria uma sociedade leonina²⁴. Como o risco é elemento natural do contrato de sociedade, a participação nos prejuízos também é decorrência desta²⁵. A distorção parece centrar-se em que a referida previsão que impede

21 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: RT, 2007. p. 189.

22 Ibidem. p. 189-190; Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira von Adamek também centram as suas considerações sobre a sociedade leonina na participação em lucros (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. “Affectio societatis”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social” in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de Direito Societário, Faltamentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45): “A importância do fim social, comum a todos, revela-se claramente, outrossim, na vedação da assim chamada ‘sociedade leonina’ – nenhum sócio pode ser excluído da participação nos lucros (CC, art. 1.008).”.

23 CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contratos entre sócios: interpretação e direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 173; No mesmo sentido: COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain; DEBOISSY, Florence. *Droit des sociétés*. 27. ed. Paris: LexisNexis, 2014. p. 77.

24 António Menezes Cordeiro aponta, corretamente, que ações de uma sociedade são valores patrimoniais disponíveis, passíveis de renúncia, doação e transmissão onerosa em condições não comutativas. O óbice incide contra a renúncia antecipada em pactos leoninos. Caso chegue a oportunidade de comprar ou vender as ações e o acionista deseje, ao tempo do negócio, praticar condições extremamente vantajosas para a contraparte, incidirá na esfera de disponibilidade de seus direitos. Ocorre que a renúncia antecipada ultrapassa a *mera liberalidade* para afetar o cerne do contrato de sociedade, ora objeto de proteção por normas de ordem pública (CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2004, vol. I, p. 536-537).

25 CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contratos entre sócios: interpretação e direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 174.

sociedades leoninas não está ocupada com a proteção dos interesses de terceiros, mas com a proteção da essência das sociedades para impedir que os sócios se imponham uns sobre os outros. Logo, a preocupação com tais cláusulas leva a processo interpretativo que “contribui para evitar que eles sejam livremente usados ‘para fazer indiretamente aquilo que a lei diretamente proíbe’, ferindo a lógica societária e a própria função econômica subjacente ao contrato de sociedade”²⁶. Esta é a razão pela qual o contrato social ou o pacto parassocial não pode conter vícios de enriquecimento, cláusula leonina ou qualquer forma que acarrete efeito confiscatório, seja nos lucros ou nas perdas²⁷.

Modesto Carvalhosa observa que as restrições ao *pacto leonino* foram relativizadas na França, de forma a dar suporte a uma visão mais liberal, regida mais marcadamente pela autonomia privada, a despeito das regras expressamente previstas pelo legislador. Nas suas palavras, a Primeira Câmara Cível da Corte de Cassação francesa flexibilizou posição em 1990 para afirmar que “somente as convenções estatutárias que preveem que um dos acionistas será eximido de qualquer pagamento relativo a perdas ou será excluído da participação nos lucros são nulas, por serem leoninas”. Ainda, “a Câmara Comercial é mais relutante em considerar como leoninas as promessas de compra e venda”²⁸.

Por outro lado, Michel Germain e Véronique Magnier confirmam que, historicamente, as cláusulas leoninas vêm sendo combatidas no Direito francês por serem contrárias ao espírito de igualdade absoluta que deve imperar entre os sócios²⁹. Informam que “tal cláusula

26 Ibidem; CANNU, Paul Le; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 3. ed. Paris: Montchrestien, 2009. p. 115: “Les limites des accords inégalitaires sont fixes par l’article 1844-1, alinéa 2: ‘toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l’exonérant de la totalité des pertes, celle excluant du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes, sont réputées non écrites’. Dans les quatre situations, on rencontre une forme d’exclusivité, qui peut être soit avantageuse (réservation de tout le bénéfice, exclusion de toute participation aux pertes), soit préjudiciable (attribution de toutes les pertes, absence totale de vocation aux bénéfices)”; Em sentido similar, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de Direito das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2004, vol. I. p. 530.

27 CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 124.

28 Ibidem. p. 280.

29 GERMAIN, Michel; MAGNIER, Véronique. *Les sociétés commerciales*. 21. ed. Paris: LGDJ, 2014. p. 42.

destrói o contrato de sociedade em sua essência”³⁰, mas que tem sido admitida a licitude de cláusulas que excluem um dos sócios de participar em perdas ou nos lucros em lista de hipóteses relativamente restrita, como: (a) a cláusula que reparte lucros ou prejuízos de forma desproporcional ao capital aportado por cada sócio; (b) a cláusula que priva o sócio de sua parte em certos casos a título de cláusula penal; (c) a cláusula que atribui os benefícios ao sócio sobrevivente³¹. Ocorre que o caso mais comentado, e *controverso*, diz respeito a pacto parassocial de transmissão de participação societária que a Câmara Comercial da Corte de Cassação julgou não se aplicar o artigo do Código Civil que trata sobre cláusula leonina³², isto porque seria da essência do negócio em exame a álea social, de forma que o caráter especulativo em negócio empresarial consentido justificaria o afastamento da norma cogente antes mencionada³³. Afirma-se que é controverso o caso porque se trata de julgado isolado³⁴ em que se ressalta que ocorre operação praticada por sociedade do ramo financeiro (*bailleur de fonds*)³⁵ em que, segundo Michel Germain e Véronique Magnier, parece pretender distinguir o *acionista financeiro* do *acionista ordinário*, para afirmar que este entendimento apenas se aplica àquele³⁶. Desta forma, é possível reconhecer a criação de uma visão mais elástica no Direito francês, embora ainda margeada pela vedação às cláusulas leoninas.

Nada impede que haja modificação legislativa desta matéria. O Projeto de Código Comercial da Câmara (PL 1.572/2011)

30 Ibidem. p. 43.

31 Ibidem. p. 43.

32 Observando-se que a Câmara Cível manteve a linha tradicional, sendo esta a razão de uma divergência dentro da Corte de Cassação.

33 GERMAIN, Michel; MAGNIER, Véronique. *Les sociétés commerciales*. 21. ed. Paris: LGDJ, 2014. p. 44-45.

34 Há outro caso listado na doutrina, mas marcado igualmente pela casuística, considerando admissível se, entre outros requisitos, ocorrer dentro do lapso temporal previsto, admitindo-se como instrumento financeiro.

35 Que o julgado refere como sendo établissement de crédit, entreprise de capital-investissement...

36 GERMAIN, Michel; MAGNIER, Véronique. *Les sociétés commerciales*. 21. ed. Paris: LGDJ, 2014. p. 46; Com dúvida similar à mencionada sobre a extensão da aplicação da posição da Câmara Comercial da Corte de Cassação: DUBARRY, Jean-Claude; GIRARD, Pierre-Menno de; PASCAUD, Charles-Audouin. Les promesses d’achat de droits sociaux à prix plancher à l’épreuve de l’interdiction des clauses léonines. *Revue des Contrats*, julho de 2007. p. 955-962.

apresentava na sua redação original o art. 195, que dispõe: “é nula a cláusula que exclua qualquer dos sócios da participação nos lucros da sociedade”. A redação é muito similar ao atual art. 1.008 do CC, com a eloquente supressão da palavra “perdas”. Por sua vez, o Projeto de Código Comercial do Senado (PLS 487/2013) dispõe no art. 244 que “é nula a estipulação que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas sociais.”, representando uma cópia do art. 1.008 do CC com a supérflua supressão da palavra “contratual”.

Extraí-se do exposto que as disposições que regulem valores de participações societárias podem ser objeto de controle judicial ou arbitral tanto nas hipóteses de haveres com a sociedade, como nos pactos parassociais entre sócios.

3. FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS CONTRATUAIS ENTRE SÓCIOS

Afirmar-se que a sociedade possui como *cerne* a participação de sócios em lucros e prejuízos não significa que a simples exclusão direta ou indireta de um ou alguns dos sócios de participação em prejuízos indique, por si só, que se trata de cláusula leonina. Isso porque paira sobre o Direito Societário uma regra geral de *igualdade* entre os sócios. No entanto, as particularidades da sociedade podem explicar as razões de *tratamento formalmente desigual*³⁷.

É relevante a análise da *estrutura real* da sociedade para a extração de algumas conclusões³⁸. Isto porque cada sociedade possui suas particularidades em relação às obrigações assumidas por cada sócio e as necessidades de cada sociedade. Há de se atentar, assim, para a arquitetura de incentivos que pretendam criar os sócios no momento da formação de uma determinada sociedade.³⁹

37 MESTRE, Jacques; PUTMAN, Emmanuel; VIDAL, Dominique. *Grands Arrêts du droit des affaires*. Paris: Dalloz, 1995. p. 451.

38 Expressão utilizada por Luís Felipe Spinelli em *Exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

39 “Objetivos conflitantes e informação descentralizada são, assim, os dois ingredientes básicos da teoria dos incentivos. (...) O comportamento social, particularmente em pequenos grupos,

Exemplificativamente, dois sócios que integralizam todas as quotas de uma sociedade na razão de 50% para cada um parecem merecer, em tese, uma divisão igualitária de lucros e prejuízos. No entanto, um dos sócios, por possuir vasto patrimônio pessoal, pode ser o único fiador de todos os contratos firmados pela sociedade (empréstimos, locações, etc.), arriscando, como garantidor, valores superiores ao próprio capital aportado na sociedade. Embora os riscos internos da relação societária sejam idênticos, o mesmo não pode ser afirmado após uma análise global da situação, de forma que deixa de parecer naturalmente adequada a divisão de lucros e prejuízos na exata proporção de 50% para cada um deles.

Outro exemplo pode ser extraído da simples participação patrimonial dos sócios, sem considerar garantias pessoais prestadas, qualidades individuais e outros fatores. Suponha-se que uma determinada sociedade seja constituída por dois sócios, entregando-se 50% das quotas a cada um deles. Como primeira premissa, resta estabelecido que o sócio “A” receberá 62,5% do lucro auferido no empreendimento e que o sócio “B” receberá 37,5%. Apesar de não ser uma distribuição idêntica à participação de cada um na sociedade, não será por esta razão que encontraremos qualquer vedação legislativa⁴⁰. Acrescente-se que os sócios estabelecem que somente “A” arcará com prejuízos, caso existam, resguardando-se para “B” a proteção da integralidade de seu investimento. Apesar da aparência de se tratar de uma cláusula leonina, esta não é uma conclusão que possa ou deva ser extraída *apenas* com estas informações.

Complementando o exemplo posto, suponha-se que a sociedade

é complexo e regras de conduta que são inculcadas ou desenvolvidas com o tempo têm papel importante em moldar sociedades. Todavia, seria ingênuo não reconhecer o papel que os incentivos privados têm na motivação do comportamento, somando-se a esses fenômenos culturais”. (LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMONT, David. *The theory of incentives: The principal-agent model*. New Jersey: Princeton, 2002. p. 2). Original: “Conflicting objectives and decentralized information are thus two basic ingredients of incentive theory. (...) Social behavior, particularly in small groups, is more complex, and norms of behavior that are culturally inculcated or developed over time play a large role in shaping societies. However, it would be foolish not to recognize the role of private incentives in motivating behavior in addition to these cultural phenomena”.

40 Ademais, anote-se que é uma desproporção relativamente pequena e nada incomum.

foi constituída com o risco *previamente* calculado⁴¹, indicando que haveria 50% de chance de sucesso no empreendimento. Conforme cálculos de consultor, estima-se que o fracasso importa em prejuízo total estimado de R\$ 1.000.000,00, enquanto que o êxito representa lucro total de R\$ 4.000.000,00. Para esta sociedade, tem-se como quadros possíveis:

HIPÓTESE	SÓCIO “A”	SÓCIO “B”
SUCESSO	R\$ 2.500.000,00	R\$ 1.500.000,00
FRACASSO	- R\$ 1.000.000,00	R\$ 0,00

Dos dados lançados, percebe-se que o sucesso do empreendimento premiará fortemente “A”, com a vantagem exata de R\$ 1.000.000,00 sobre o que receberá “B”. O fracasso inverterá simetricamente o benefício, de forma que “A” arcará sozinho com prejuízo de R\$ 1.000.000,00, sem que “B” arque com parte do fardo negativo. Essa dupla assimetria (lucros e prejuízos) é que torna novamente equilibrada e justa a perspectiva financeira dos sócios, embora possa demonstrar a predisposição de um deles à assunção de maiores riscos. Matematicamente, qualquer quantidade par de empreendimentos idênticos tende a gerar iguais ganhos na proporção de R\$ 1.500.000,00 de lucro para cada sócio por dupla de sociedades.

Caso apenas uma sociedade fosse criada e gerasse lucro, pouco haveria a reclamar, visto que a desproporção dos benefícios não é vedada. Caso esta única sociedade gerasse prejuízo, um julgador poderia desastrosamente considerar leonina a cláusula que impôs a integralidade do ônus para o sócio “A”, com a declaração de nulidade da cláusula respectiva, gerando efetivo *desequilíbrio*, a pretexto de *reequilibrar* a relação.

O julgador deve observar as consequências de suas decisões para que não se obrigue a recuar no futuro, interpretando-se a lei, como

41 Apenas suponha-se que todos os indicadores pudessem ser extraídos com a precisão indicada, sem divergência de metodologias, pressupostos ou outros aspectos que possam ser considerados relevantes. A finalidade da simplificação está em centrar no raciocínio jurídico, em vez de focar em outros aspectos menos relevantes para o exame da *lógica* sugerida.

posta, em critérios que objetivem alcançar maior coesão e coerência, para evitar diferenciações arbitrárias de casos⁴². E é com a multiplicação de casos idênticos que poderia se comprovar o desequilíbrio que uma intervenção judicial ou arbitral causaria, embora sempre possa haver descoincidência entre as probabilidades matemáticas e os resultados concretos para dificultar a compreensão do intérprete.

4. PARTICIPAÇÃO PARCIAL NOS PREJUÍZOS E O PROBLEMA DO VALOR JUSTO

Pactos societários são contratos aleatórios, de forma que não precisa ancorar-se no valor de mercado das quotas⁴³. No entanto, há autores que sustentam que se enquadra como comutativo⁴⁴.

Antônio Junqueira de Azevedo teve a oportunidade de elaborar diversos pareceres sobre *pactos parassociais* com *preço determinável*, em que os critérios causaram elevada distorção. Como exemplo de critério determinável que gerou distorção, o autor menciona cláusula⁴⁵ em que a participação de certa companhia receberia duas formas diferentes de cálculo: (a) antes de 30/06/2003, o preço seria calculado considerando 1,2% da média mensal da soma dos ativos sob administração e dos ativos sob gestão de Mellon Brascan DTVM; (b) após

42 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 232.

43 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A álea normal do contrato e o momento do exercício das opções. *Revista de Direito bancário e do mercado de capitais*, n° 39. São Paulo: RT, 2008. p. 103.

44 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 201.

45 Ibidem. p. 202: “6.4. The purchase price of the Shares held by Brapa with respect to the Brapa Put Option (the ‘Brapa Put Option Purchase Price’) shall be the following:
6.4.1. Should the Brapa Put Option Exercise Date fall on or before June 30, 2003, the Brapa Put Option Purchase Price shall be a price per Share calculated by dividing (i) 1.2% times the average of the month-end total Assets Under Management (as defined below) and Assets Under Administration (as defined below) of the Corporation for each of the 6 month-end periods immediately preceding the Brapa Put Option Exercise Date by (ii) the Corporation’s total number of Shares validly issued and outstanding. Such month-end periods’ numbers shall be adjusted for inflation or de-inflation (as the case may be) according to the IGPM, as published by Fundação Getúlio Vargas.
6.4.2 Should the Brapa Put Option Exercise Date fall on or after July 1, 2003, the Brapa Put Option Purchase Price shall be a price per Share calculated by dividing (i) 0.9 times the Corporation’s Base Value (as defined below) by (ii) the Corporation’s total number of Shares validly issued and outstanding...”

30/06/2003, o valor de venda equivale a 90% do valor total da companhia, dividido pelo número total de ações. Na sua visão, o critério buscou uma *facilidade de cálculo*, mas verificou-se inadequado frente às “mudanças no volume da base de ativos da Mellon Brascan DTVM, bem como na composição do *business mix* da companhia”⁴⁶. Não é a pequena variação de valores que gerou óbice, mas sim eventos supervenientes que importaram em distorção relevante, a ponto de atribuir a cada ação 700% mais valor do que o considerado adequado originalmente. Argumenta que ao tempo do parecer, a companhia valia US\$ 20.000.000,00 e que os acionistas que detinham apenas 30% da participação societária teriam que receber o valor de US\$ 43.000.000,00, portanto mais de duas vezes o valor integral da companhia⁴⁷. Esse não é propriamente um problema de onerosidade excessiva ou comutatividade. A distorção de valores no tempo não mereceria ser objeto de qualquer correção, porquanto avençado conforme admite a lei. O problema que surge está em que pagar a participação societária de 30% em valor superior a duas vezes o valor integral da companhia significa, em si, uma supressão ao acionista remanescente de participar do acervo da companhia, mesmo que indiretamente. O caráter expropriatório aqui verificado sobre ao menos um dos sócios tem o condão de gerar invalidade parcial do contrato optativo.

Em outro caso analisado por Antônio Junqueira de Azevedo, a Companhia Brasileira de Distribuição e a Sendas S/A constituíram *joint venture*⁴⁸ com a finalidade de explorar supermercados no Estado do Rio de Janeiro⁴⁹. Elaborou-se cláusula⁵⁰ em que se

46 Ibidem. p. 203.

47 Ibidem. p. 210; Sobre o problema das cláusulas leoninas em sociedades anônimas, veja-se: ESTEVEZ, André Fernandes. *Contrato de opção de compra e de venda de participação societária: função, autonomia privada e controle de validade na sociedade anônima fechada*. Tese de doutorado, São Paulo, USP, 2016.

48 Instituto este marcado pela liberdade contratual, como costuma ocorrer nos *contratos de colaboração empresarial*; No mesmo sentido: MARÍA, Jorge López Santa. *Los contratos: parte general*. 5. ed. Santiago: LegalPublishing, 2010. p. 8.

49 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 273.

50 Ibidem. p. 279: “Valor de Transferência” é o preço justo de mercado das Ações, em determinada data (“Data”), calculado por um banco de investimentos de primeira linha, com experiência na avaliação de empresas no ramo de varejo e de comprovada independência em relação

determina a fixação do preço do negócio por terceiro mediante três critérios distintos, atribuindo-se “piso” equivalente a “valor que resultar da aplicação de um múltiplo de 40% (quarenta por cento) sobre as vendas brutas da Companhia nos 12 (doze) meses anteriores à Data”. O autor refere que o *piso* mencionado importa em grave distorção, porquanto “considerando-se uma participação da ordem de 35% do capital social da companhia, o preço pago pela CBD seria o quádruplo do preço de mercado”⁵¹. Considerando que a cláusula menciona que se almejava o *preço justo de mercado*, não haveria espaço para se admitir critério que *literalmente* afastava-se do referido balizador.

Fábio Ulhoa Coelho esclarece que as quotas de sociedades valem, quando *negociadas*, aquilo que os contratantes estão dispostos a pagar ou receber por elas⁵². Caso haja necessidade de apuração do valor da sociedade por determinação legal, judicial ou contratual, parte-se para inúmeros critérios admissíveis para aferir o valor de determinada participação societária⁵³, de forma que se torna muito improvável que haja plena coincidência de posição entre as partes interessadas. No caso de Companhia Brasileira de Distribuição e a Sendas S/A, que constituíram *joint venture*, não bastou estabelecer um critério, mas sim três critérios de cálculo, incluindo um *piso* e um

aos Acionistas, selecionado de comum acordo entre os Acionistas; caso estes não se acordem quanto à escolha, esta será feita pelo Presidente da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas, e, se este não puder fazê-lo, pelo Presidente da Câmara e Arbitragem do Mercado da Bovespa, devendo tal cálculo ser feito com base em um dos seguintes critérios, ou na combinação de quaisquer deles, levando-se em conta que a Companhia, diferente de outras empresas do setor, não possui imóveis próprios: (i) múltiplo de vendas; (ii) múltiplo de EBITDA e (iii) fluxo de caixa descontado. Independentemente do critério adotado na apuração, o Valor de Transferência terá um valor mínimo (“Piso”), que será o valor que resultar da aplicação de um múltiplo de 40% (quarenta por cento) sobre as vendas brutas da Companhia nos 12 (doze) meses anteriores à Data. Caso o Valor de Transferência supere o Piso, o Valor de Transferência ficará limitado a um valor máximo (“Teto”), que será o valor de mercado da CBD na Data, apurado pelo mesmo banco de investimentos, utilizando qualquer dos critérios acima ou a combinação de quaisquer deles. Caso o Valor de Transferência apurado superar o Piso, o Valor de Transferência não poderá ultrapassar o Teto. A determinação do Valor de Transferência deverá ser completada em um período de 30 (trinta) dias corridos contados a partir da data da contratação pelos Acionistas do referido banco de investimentos.”

51 Ibidem. p. 279.

52 COELHO, Fábio Ulhoa. Apuração de haveres na sociedade limitada in AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo Monteiro de. *Sociedade Limitada Contemporânea*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 26.

53 Ibidem. p. 27-34.

teto, o que ocorre por natural dúvida sobre os resultados concretos de avaliação de qualquer negócio.

Um cálculo simplificado como o adotado no caso Mellon Brascan acaba sendo útil para evitar a discussão sobre os resultados de determinada avaliação, notadamente porque sempre haverá margem nada pequena de debate. Por outro lado, um critério como o preço calculado considerando 1,2% da média mensal da soma dos ativos sob administração e dos ativos sob gestão de Mellon Brascan DTVM dificilmente coincidiria com critérios outros adotados pelo judiciário, como o *valor patrimonial real*. Por isso, de um *critério* estabelecido contratualmente apenas se exige que seja *razoável*⁵⁴.

Escolhendo-se um *critério razoável*, não há razão para substituí-lo, pela via judicial ou arbitral, por outro critério igualmente razoável, sob pena de afastar-se qualquer margem da autonomia privada de forma injustificada. O que deve ser coibido é suprimir-se a participação em prejuízos, lucros ou haveres⁵⁵, não a simples variação de preço da participação societária nos termos convencionados pelas partes contratantes.

Caso as partes elejam um critério de avaliação e um avaliador, provavelmente o resultado não será integralmente confirmado por perito judicial ou arbitral que utilize idêntico critério. A perícia contábil também apresenta imprecisões, não sendo essa uma exclusividade do direito. Menor coincidência de valores poderia ser esperada com a mudança de critérios. Portanto, no momento em que, para o caso Mellon Brascan, utilizou-se contratualmente o preço calculado considerando 1,2% da média mensal da soma dos ativos sob administração e dos ativos sob gestão de Mellon Brascan DTVM, o propósito poderia ser de simplificar o cálculo para evitar as naturais dissensões de fixação de preço. Uma divergência não substancial em comparação àquele que seria atribuído por perito judicial não tem o

54 Ibidem. p. 38.

55 Naturalmente, uma fórmula que não suprima a participação em prejuízos, mas que tencione a quase zero sofrerá de idêntico vício que poderá ser questionado no caso concreto.

condão de afastar a cláusula pactuada. Se os mais variados *critérios razoáveis* importariam em valor de avaliação entre 1 X e 1,5 X, esta seria uma margem admissível. Um *cálculo simplificado* que importe em 1 X ou 1,3 X ou 1,5 X apenas são resultados aceitáveis que justificam respaldo em eventual controvérsia. O caso Mellon Brascan mereceu, corretamente, revisão, porque o método simplificado importou em 7 X a 10 X. A grave divergência entre o critério razoável e o convencional importa em enriquecimento de alguns sócios com lesão aos outros que abdicam indiretamente de direitos sobre o acervo da sociedade⁵⁶, desimportando que haja intencionalidade de resultado. Pensar em sentido contrário seria assegurar a *função de enriquecimento* ou *expropriação* que se atribuiria ao pacto.

5. VALOR JUSTO, PACTO ENTRE SÓCIOS E A VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Os Tribunais apreciam habitualmente muitos litígios de apuração de haveres em que se almeja saber qual é o melhor critério de indenização do sócio por sua participação acionária⁵⁷. No entanto, esses casos pouco auxiliam neste estudo, porque o cerne não está em saber qual é o *melhor* critério para avaliar uma sociedade, mas a posição adotada na ocorrência de divergência entre o critério *pactuado* e o entendido como *adequado* pelo próprio julgador.

O STF analisou a matéria na década de 70, através do RE 89.464/SP, oportunidade em que se afirmou que a dissolução parcial deve receber tratamento de forma a que a liquidação se aproxime da dissolução total e que “deve ser assegurado ao sócio retirante situação de igualdade na apuração de haveres, fazendo-se esta com a maior amplitude possível, com a exata verificação, física e contábil, dos valores do ativo”⁵⁸. Apesar do julgado não tratar propriamente do afastamento de

56 O que é expressamente protegido pelo ordenamento jurídico.

57 Exemplificativamente: STJ, 2ª Seção, REsp n.º 1.037.208/RS, Rel. Min. Sidnei Benetti, julgado em 25/06/2008; TJSP, 30ª Câmara de Direito Privado, Apelação n.º 0015221-87.2012.8.26.0071, Rel. Des. Andrade Neto, julgado em 12/08/2015.

58 STF, 2ª Turma, RE 89.464/SP, Rel. Min. Decio Miranda, julgado em 12/12/1978.

critério pactuado em contrato entre sócios, tornou-se base e referência para outros julgados feitos no STJ⁵⁹ e em Tribunais Estaduais.

Em 2014, o STJ teve a oportunidade de apreciar o REsp n.º 1.444.790/SP⁶⁰ envolvendo um grupo de sociedades limitadas e uma sociedade anônima em que se constituiu uma sociedade na área de telecomunicações, resultante da incorporação de outras. Frente a diversas irregularidades reconhecidas em primeiro grau, que culminaram na *exclusão extrajudicial* do requerente, admitiu-se a *dissolução parcial da sociedade*, bem como restituição de haveres e condenação em perdas e danos. Em sede de apelação, o TJSP decidiu que “de acordo com a orientação jurisprudencial, os valores correspondentes ao fundo de comércio devem ser incluídos na condenação, de tal sorte a obstar dissociação demasiada entre pagamento e valor real dos bens, como imperativo de justo equilíbrio”⁶¹. Em sede de recurso especial são levantados diversos pontos, merecendo destaque apenas no que se refere a critérios de apuração de haveres. O recorrente pretendeu a reforma do acórdão proferido pelo TJSP para o fim de que fosse observado o art. 1.031 do CC, prevalecendo os moldes de apuração de haveres previstos no contrato social, afastando-se a interferência do Poder Judiciário. O colegiado do STJ afirmou que a *apuração de haveres* “em regra se processa na forma prevista no contrato social, uma vez que, nessa seara, prevalece o princípio da força obrigatória dos contratos, cujo fundamento é a autonomia da vontade, desde que observados os limites legais e os princípios gerais de direito”⁶², confir-

59 Anota-se como primeiro julgado de referência do STJ sobre a matéria em que assenta que a cláusula contratual que determina critérios de apuração de haveres pode ser afastada caso apresente *desequilíbrio* ao direito das partes: STJ, 3ª Turma, REsp n.º 35.702/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 27/09/1993.

60 STJ, 4ª Turma, REsp n.º 1.444.790/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 26/08/2014.

61 No caso sob análise, o STJ não enfrentou a matéria. No entanto, no REsp n.º 907.014/MS, o STJ já teve a oportunidade de se pronunciar para afirmar que o *fundo de comércio* deve ser levado em conta para fins de apuração de haveres (STJ, 4ª Turma, REsp n.º 907.014/MS, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, julgado em 11/10/2011). Há alguns julgados anteriores do STJ no mesmo sentido, desde o ano 2000, pelo menos.

62 Neste sentido, o próprio julgado destaca o REsp n.º 302.366/SP de 06/08/2007, relatado pelo Min. Aldir Passarinho Júnior, em que o critério de apuração de haveres previsto no contrato social foi prestigiado para admitir o parcelamento do pagamento, evitando a descapitalização da sociedade.

mando a premissa geral pretendida pelo recorrente. Assim, apenas “na ausência de cláusula expressa, é que a liquidação deverá se dar com base na situação patrimonial da sociedade, à data da dissolução, em balanço especialmente levantado para a ocasião”. Alterar o critério estabelecido no acórdão para fins de apuração de haveres “demandaria o revolvimento fático-probatório dos autos”, de forma que não foi objeto de debate. No entanto, anota que limitar o caso à *superficialidade* das questões atinentes à forma de apuração de haveres pode sumarizar e limitar o conhecimento da matéria, mormente pela discussão sobre “eventuais vícios de gestão, sobre atos *ultra vires societatis* ou ainda abusos ou desvios em atos de administração, concorrência desleal, bem como eventuais artimanhas para fins de prejudicar determinado sócio” que escapariam à análise da *situação patrimonial da sociedade*. Ao final *afasta* a condenação em perdas e danos e determina a “apuração de haveres tal como determinada no acórdão”.

Feita a análise do julgado do STJ, observa-se que a ementa contém o item “3” que é expressivo ao afirmar que “o direito civil não tolera o abuso do direito em dispositivo do contrato social – cláusula leonina – que venha a gerar o enriquecimento sem causa em detrimento de um dos sócios, seja por depor contra o preceito ideológico do justo equilíbrio, seja por refletir situação demasiadamente distante da apuração real dos bens da sociedade”, mas não parece refletir a posição do debate do caso específico, embora esta formulação efetivamente tenha prevalecido por oportunidade do julgamento do recurso de apelação no TJSP e em julgamentos anteriores do próprio STJ.

Mais recentemente, em 2015, o STJ analisou o REsp n.º 1.335.619/SP⁶³ em que a matéria é diretamente enfrentada⁶⁴. A relatora, Min. Nancy Andrighi, relembra o RE n.º 89.464/SP, da década de 70, para afirmar que o “raciocínio então desenvolvido foi de que se deveria conceber uma forma de liquidação que assegurasse,

63 STJ, 3ª Turma, REsp n.º 1.335.619/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Redator Min. João Otávio de Noronha, julgado em 03/03/2015.

64 Observando que a matéria já havia sido enfrentada em outras oportunidades.

concomitantemente, a preservação do empreendimento e uma situação de igualdade entre os sócios”. Por isso, “mesmo que o contrato social eleja critério para a apuração de haveres, este somente prevalecerá caso haja a concordância das partes com o resultado alcançado”, sendo vinculante a cláusula contratual somente “em relação ao modo de pagamento”. O Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas apresentou voto-vencido indicando as seguintes razões de divergência: (a) houve ofensa ao art. 668 do Código de Processo Civil de 1939, porquanto o contrato social deve ser obedecido, salvo com a existência de *vício* na avença, o que não foi cogitado pelo julgador; (b) ofensa ao princípio do *pacta sunt servanda* que assume superlativa importância nas relações inseridas no âmbito do Direito Empresarial; (c) o critério fixado no contrato é o mais próximo daquele preconizado pelo STJ; (d) há grande discrepância nos critérios adotados para avaliar uma sociedade, fato que sempre de uma álea oriunda de expectativa futura, “sem total fidelidade aos valores reais dos ativos”. Os Ministros João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino acompanharam a posição da relatora.

No ano seguinte, em 2016, o STJ analisou matéria similar por outra ótica, que acabou por criar uma válvula de escape. Afirmou que é possível que as partes elejam critério e escolham um terceiro para apurar o valor. A estrutura jurídica do contrato que estabelece uma pessoa para resolver o conflito equivale a uma arbitragem, de forma que é irrelevante o *nomen juris* atribuído em documento escrito como “avaliador”, “arbitrador” ou similar. Daí que importa que seja “respeitada a autonomia dos contratantes”, a justificar o “respaldo do Poder Judiciário”⁶⁵.

65 STJ, 3ª Turma, REsp n.º 1.569.422/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 26/04/2016:

“1. Sob o aspecto formal, a única exigência tecida pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória – em não se tratando de contrato de adesão –, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, seja em documento apartado. O art. 4º da Lei n. 9.307/96 não especifica qual seria este documento idôneo a veicular a convenção de arbitragem, não se afigurando possível ao intérprete restringir o meio eleito pelas partes, inclusive, v.g., o meio epistolar. Evidenciada a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consentam.

1.1 De se destacar que a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar, de igual modo, de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que inserta. Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das negociações entabuladas entre as

Do exposto, resta nítido que existe tendência no judiciário em afastar cláusula contratual que afronte o *real* valor da sociedade para fins de apuração de haveres, assim entendido como aquele que o julgador determinaria em caso concreto. Daí resulta que existe interferência excessiva do judiciário nas cláusulas contratuais ou estatutárias sobre haveres que afastam quase completamente a autonomia privada.

6. DEFINIÇÃO DE VALOR NÃO COMUTATIVO COMO FUNÇÃO INDUTORA DE CONDUTA

Verificou-se que o contrato social ou parassocial não deve ser utilizado para suprimir completamente a participação de sócios em lucros e prejuízos, ressalvadas algumas exceções exemplificativas. Igualmente, anotou-se que a mesma percepção não deve ser adotada para as hipóteses de distorção na participação em lucros e prejuízos⁶⁶.

partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem.

2. Por meio da cláusula compromissória, as partes signatárias ajustam convenção de arbitragem para solver eventuais conflitos de interesses, determinados ou não, advindos de uma relação contratual subjacente, cuja decisão a ser prolatada assume eficácia de sentença judicial. Desse modo, com esteio no princípio da autonomia da vontade, os contratantes elegem um terceiro – o árbitro, que pode ser qualquer pessoa que detenha, naturalmente, a confiança das partes –, para dirimir, em definitivo, a controvérsia a ele submetida. Como método alternativo de solução de litígios, o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes tenham reservado ao julgamento dos árbitros.

2.1 Afigura-se absolutamente possível que as partes, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência/necessidade em não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão, se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva, disposição contratual que, em qualquer circunstância – ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento, – deve ser detidamente observada.

2.2 Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses.

2.3 No caso, para a específica divergência quanto aos valores das ações a serem adquiridas, as partes avençaram que a correlata decisão do terceiro/árbitro seria final, definitiva e aceita pelas partes, o que encerra, inarredavelmente, convenção de arbitragem, ainda que vazia, a merecer, necessariamente, o respaldo do Poder Judiciário. Para tal propósito, é irrelevante o termo utilizado na avença (“avaliador”, “arbitrador”, etc.)

66 Ressalvando-se que a posição aqui sustentada encontra resistência frente à posição atual dos Tribunais, como já referido.

A variação positiva ou negativa que pode existir entre o critério pactuado e o que seria albergado pelo judiciário pode ser fruto de imprevisão ou erro das partes contratantes, bem como pode ser oriunda de uma estratégia dos signatários⁶⁷. A *subavaliação* da participação de cada sócio pode significar um estímulo econômico à manutenção dos vínculos societários, porquanto os prejuízos calculáveis de eventual exercício de direito de recesso poderiam influenciar na decisão, e, em certa medida, poderia servir para a proteção dos interesses da sociedade⁶⁸. A *sobreavaliação* da participação societária também poderia beneficiar qualquer sócio em caso de exclusão da sociedade⁶⁹, observando-se que no momento da celebração do contrato social seria totalmente impossível saber se o critério adotado beneficiaria um ou outro sócio no futuro. Pondera-se, por fim, que o que não se pode admitir, “por contrário à moral, à lei e ao direito” é permitir que um determinado sócio concorde com uma cláusula no contrato social que estabeleça *critério razoável* para apuração de haveres e, posteriormente, apresente discordância buscando *critério razoável diverso* que o *beneficiaria mais*⁷⁰. Conquanto sejam convincentes e lógicos os argumentos lançados, é necessário que se observe o caso específico.

Um cálculo de apuração de haveres que importe em *subavaliação* como desestímulo ao exercício do direito de recesso força a um possível e delicado duplo benefício à maioria. Ocorre que em certa deliberação, os sócios podem aprovar a alteração do objeto social da sociedade, sendo que aos dissidentes pode recair enorme desincentivo ao exercício do direito de recesso, que, se exercido, causará indiretamente o enriquecimento daqueles que venceram a votação. Mas, talvez o principal aspecto a ser observado diga respeito a uma *restrição* ao exercício de um direito considerado essencial pelo legislador. Manoel de Queiroz Pereira Calças esclarece que o direito de recesso

67 COELHO, Fábio Ulhoa. Apuração de haveres na sociedade limitada in AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo Monteiro de. *Sociedade Limitada Contemporânea*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 38.

68 Ibidem. p. 37.

69 Ibidem. p. 37-38.

70 Ibidem. p. 38.

atua como freio aos amplos poderes outorgados à assembleia geral⁷¹, de forma que é instituto de *ordem pública*, o qual é irrenunciável e insuprimível pelo estatuto ou pela assembleia geral⁷². Desta forma, a *subavaliação* da participação social não significa renúncia ao direito de recesso, mas tão somente de parte dos haveres que seriam devidos, dificultando o seu exercício.

Hipótese diversa pode ser formulada nos casos de exclusão de sócios. Suponha-se que se firme pacto entre dois sócios em que se afirme que a quebra de *affectio societatis* é causa de exclusão do sócio “A”⁷³, independentemente de quem tenha provocado o grave dissenso. Entende-se que tal cláusula seria inválida por gerar possibilidade de exclusão *arbitrária* de sócio⁷⁴. Por outro lado, existe efetiva possibilidade que, em certo caso específico, tal cláusula seja considerada válida face ao evidente dissenso jurisprudencial na matéria⁷⁵. Caso algum julgador considere concretamente adequada a disposição que permite de “A” por quebra de *affectio societatis*, os efeitos decorrerão de direito potestativo por parte do outro sócio, que se beneficiará com a *subavaliação* da participação societária do sócio excluído. O resultado indica que um sócio excluiria o outro arbitrariamente, com o próprio

71 CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A proteção do sócio minoritário na lei das sociedades anônimas brasileira in COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima. *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 235.

72 Ibidem. p. 237.

73 Já foi referido este exemplo no capítulo 3.1.2.1, em que foi mencionado o parecer de Paula Forgioni sobre a matéria com esta casuística (FORGIONI, Paula. Possibilidade de exclusão de sócio minoritário pelo fim da *affectio societatis* diante de previsão expressa no contrato social in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Temas de Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 73-87).

74 SPINELLI, Luís Felipe. *Exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 219.

75 Como exemplo, os julgados a seguir mencionados admitem a exclusão de sócio com base em quebra de *affectio societatis*: TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70064850043, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 24/06/2015; TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação n.º 1021367-06.2013.8.26.0100, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, julgado em 01/07/2014; TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação n.º 0082567-52.2010.8.26.0224, Rel. Des. Enio Zuliani, julgado em 06/02/2014; Em sentido similar: FORGIONI, Paula. Possibilidade de exclusão de sócio minoritário pelo fim da *affectio societatis* diante de previsão expressa no contrato social in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Temas de Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 82.

enriquecimento⁷⁶. Esclareça-se: não há óbice que se determine uma hipótese específica para que o pacto gere efeito de exclusão de sócio⁷⁷ com subavaliação da participação societária com caráter punitivo, conforme se verificou admissível na França⁷⁸ e na Itália⁷⁹. Por outro lado, o caráter *penitencial* desta exclusão somente pode ser realizado mediante incidência de hipótese delimitada que justifique a punição, o que somente poderá ser visto no caso concreto, conforme as *precisas condições do pacto e a estrutura real da sociedade*, de forma a analisar a adequação e proporcionalidade da cláusula.

Os exemplos permitem demonstrar que não há como afirmar, *a priori*, que o pacto entre sócios é inválido por aparente cláusula leonina, devendo ser observada a *real estrutura* contratual e societária em que se encontra inserido.

CONCLUSÃO

O Direito Societário brasileiro abre espaço para relevantes controvérsias, demonstrando ser alvo de posições divergentes no tocante à autonomia privada para a fixação de critérios de apuração de haveres.

O STJ tem mitigado a autonomia privada com o objetivo de alcançar um valor *justo* aos sócios, embora haja disposição expressa no ordenamento jurídico que permita que os participantes da sociedade pactuem critérios a si aplicáveis. Dois são os aspectos relevantes: (a) a exclusão de sócio na participação de prejuízos pode constituir ofensa aos direitos de sócios centrados no art. 1008 do Código Civil; (b) a

76 Em visão mais interventiva no ponto, Modesto Carvalhosa afirma que no exercício regular da opção de compra de ações (que gera efeitos análogos à exclusão), o vendedor fica em situação de sujeição. Assim, o preço deverá ser “rigorosamente justo” e, portanto, “atual e plenamente remuneratório”. É inadmissível regime de especulação na opção de compra e venda. É “absolutamente incompatível” com o acordo de acionistas qualquer cláusula ou condição leonina. A sujeição na opção é relativa. Caso exercida, prevalece a inafastável regra da comutatividade que se verifica com “preço justo e atual” (CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 301-302).

77 Como a obrigação de trabalhar em determinado cargo da companhia. Assim, o abandono do cargo preencheria a hipótese.

78 GERMAIN, Michel; MAGNIER, Véronique. *Les sociétés commerciales*. 21. ed. Paris: LGDJ, 2014. p. 43.

79 DE NOVA, Giorgio. Il carattere vincolante dei patti parasociali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.º 68, 2014. p. 08.

simples assimetria entre participação social com relação à participação em lucros e prejuízos não constitui, por si, em ofensa ao ordenamento.

Cláusulas que impeçam um sócio de participar em prejuízos são consideradas, potencialmente, como leoninas desde o Direito romano, assim como nas legislações atuais de Brasil, Portugal e França. No entanto, a Corte de Cassação francesa lançou dois julgados que mitigaram tal visão, em especial nas sociedades financeiras.

O exame do ordenamento brasileiro verificou que a proteção de sócios contra prejuízos tem centro nos interesses do próprio sócio e da essência da sociedade (*jus fraternitatis*). Por outro lado, o exame casuístico demonstrou que o desequilíbrio na apuração de haveres ou a expressa supressão da participação de uma das partes em prejuízos não deve constituir automática interpretação de tratar-se de cláusula leonina.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A proteção do sócio minoritário na lei das sociedades anônimas brasileira in COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima. *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2012

CANNU, Paul Le; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 3. ed. Paris: Montchrestien, 2009

CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas*. São Paulo: Saraiva, 2011

COELHO, Fábio Ulhoa. Apuração de haveres na sociedade limitada in AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo Monteiro de. *Sociedade Limitada Contemporânea*. São Paulo: Quartier Latin, 2013

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de Direito das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2004, vol. I

COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain; DEBOISSY, Florence. *Droit des sociétés*. 27. ed. Paris: LexisNexis, 2014

CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contratos entre sócios: interpretação e direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2013

DE NOVA, Giorgio. Il carattere vincolante dei patti parasociali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.º 68, 2014

DENOZZA, Francesco. *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*. Milão: Giuffrè, 1973

DUBARRY, Jean-Claude; GIRARD, Pierre-Menno de; PASCAUD, Charles-Audouin. Les promesses d'achat de droits sociaux à prix plancher à l'épreuve de l'interdiction des clauses léonines. *Revue des Contrats*, julho de 2007

ESTEVEZ, André Fernandes. *Contrato de opção de compra e de venda de participação societária: função, autonomia privada e controle de validade na sociedade anônima fechada*. Tese de doutorado, São Paulo, USP, 2016

FORGIONI, Paula. Possibilidade de exclusão de sócio minoritário pelo fim da affectio societatis diante de previsão expressa no contrato social in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Temas de Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*. São Paulo: Malheiros, 2014

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Da ação de dissolução parcial de sociedade: comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Malheiros, 2016

_____; _____. "Affectio societatis": um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de "fim social" in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009

GAUDEMET, Jean; CHEVREAU, Emmanuelle. *Droit privé romain*. 3. ed. Paris: Montchrestien, 2009

GERMAIN, Michel; MAGNIER, Véronique. *Les sociétés commerciales*. 21. ed. Paris: LGDJ, 2014

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: RT, 2007

LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMONT, David. *The theory of incentives: The principal-agent model*. New Jersey: Princeton, 2002

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A álea normal do contrato e o momento do exercício das opções. *Revista de Direito bancário e do mercado de capitais*, nº 39. São Paulo: RT, 2008

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006

MARÍA, Jorge López Santa. *Los contratos: parte general*. 5. ed. Santiago: LegalPublishing, 2010

MESTRE, Jacques; PUTMAN, Emmanuel; VIDAL, Dominique. *Grands Arrêts du droit des affaires*. Paris: Dalloz, 1995

SPINELLI, Luís Felipe. *Exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015

EVICÇÃO: ENTRE O DIREITO MATERIAL E O DIREITO PROCESSUAL

André Perin Schmidt Neto¹
Plínio Melgaré².

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Evicção no Direito Civil: conceito e requisitos – 3. Evicção, autonomia privada e exclusão da responsabilidade – 4. Evicção no direito processual civil e o atual Código de Processo Civil Brasileiro. 5 – Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O objeto desse artigo é refletir sobre uma das garantias contratuais: a evicção. Fenômeno tão antigo quanto complexo, que transita pelas normas de direito material e de direito processual. Nesse sentido, parte-se de uma compreensão do direito civil para se aportar nas recentes alterações introduzidas na legislação processual. O conceito de evicção, os requisitos para a sua configuração, bem como as possibilidades de sua ocorrência, são temas abordados inicialmente. De outra parte, são trazidos à baila os efeitos decorrentes da evicção e as exigências processuais para o exercício dos direitos garantidos pela evicção, em especial o tema da denúncia da lide. Nesse último aspecto, há um comparativo entre a legislação processual revogada e a vigente, com as consequentes alterações, que, de fato, consagraram os entendimentos doutrinários e jurisprudências.

1 Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), bolsista CAPES, especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela mesma universidade. Atualmente é professor da graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). É professor da Pós-Graduação Lato Sensu da UFRGS, PUCRS, UNISINOS, UNIRITTER e URI. Atua no Centro de Pesquisa da Escola Superior da Magistratura (ESM/AJURIS), onde é pós-graduado. Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil. Autor de livros e artigos jurídicos. Advogado em Porto Alegre/RS.

2 Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, Coordenador do Núcleo de Direito Privado e Processo Civil da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Professor da Graduação e Pós-Graduação da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Professor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Palestrante da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul.

2. EVICÇÃO NO DIREITO CIVIL: CONCEITO E REQUISITOS

A partir da clássica doutrina de Clóvis Beviláqua,³ conceitua-se evicção como “a perda total ou parcial de uma coisa em virtude de sentença, que a atribui a outrem, por direito anterior ao contrato, de onde nascera a pretensão do evicto”. Tal conceito afvela-se à tradição romana, origem da palavra evicção, onde *evincere* significa “ser vencido em juízo”.⁴

Nada obstante a definição acima retratada, há de se perceber que, acompanhando a inexorável dinâmica sociocultural, o conceito de evicção amplia-se, alcançando situações de perda de um bem em razão de decisão administrativa⁵ – e não só de decisão judicial – conforme o entendimento jurisprudencial e doutrinário.⁶ Assim, conceitua-se evicção como a privação parcial ou integral de bem adquirido por força de um contrato, ou mesmo em hasta pública, diante de sentença judicial ou execução de ato administrativo que reconhece a outro a propriedade ou a posse, desde que reconhecida uma causa anterior ao contrato que originou a aquisição. Sem embargo, ocorrendo a evicção, ter-se-ão as seguintes figuras: o alienante, sujeito que transfere de modo oneroso bem cuja titularidade será reconhecida como de outrem, o adquirente/evicto – ou evencido –, que vem a ser

3 Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clóvis Beviláqua. V. II. 6ª. tiragem. Editora Rio: Rio de Janeiro: s.d. p. 221.

4 Conforme De Plácido e Silva, Vocabulário jurídico, atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 24ª. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 567. Observa-se, como o fez Pontes de Miranda, que o idioma português contempla “o verbo evencer: o terceiro, ou o próprio outorgante, que vence, quer como demandante quer como demandado, evence porque vence e põe fora, no todo ou em parte, o direito do outorgado”. Tratado de Direito Privado, t. XXXVIII. 3ª. ed. (reimpressão), Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 157.

5 Como nota de ilustração, a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, na TJ-PR – Apelação Cível AC 1545313 PR 0154531-3 (TJ-PR). Data de publicação: 17/08/2004. Ação de indenização-Evicção – Compra e venda de automóvel – Veículo furtado – Apreensão policial – Pretensão que se mantém, mesmo que evidenciada a boa-fé do alienante. A indenização postulada tem como suporte fático a perda da coisa, em decorrência de apreensão pela autoridade policial, cujo veículo foi objeto de furto; em tal situação, o alienante responde pela devolução do preço, independentemente de culpa. Isso porque, nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, (...).

6 STJ, REsp 1332112/GO 4ª T. julgado em 21.03.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão. Na doutrina, ver, por exemplo, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de A. Nery, Código Civil Comentado, 11ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 843.

a parte que sofre a perda da coisa adquirida e, por fim, o evictor – ou evicente –, aquele que reivindica judicialmente o domínio sobre a coisa alienada, sendo vitorioso em sua demanda contra o adquirente.

Descortinam-se do conceito estabelecido, os seguintes requisitos para que se configure a evicção:

1. Aquisição de um bem: a evicção pressupõe a aquisição de um bem, seja pela via de um contrato, que, por definição, há de ser oneroso (e que transfira a posse, o domínio ou o uso) ou em hasta pública. Observa-se que diante de contratos gratuitos não há responsabilidade pela evicção. Conforme leciona Serpa Lopes, “os atos gratuitos não são (...) atingidos pela evicção, devendo-se a razão desta exclusão ao fato de que (...) não se fundam numa equivalência de prestações recíprocas (...)”.⁷ Há de ser percebido, ainda, para justificar a irresponsabilidade pela evicção nos contratos gratuitos, que nesses modelos negociais há apenas o empobrecimento do devedor, que nada recebe em troca. No que diz respeito a bens adquiridos em hasta pública, aquele que arremata terá direito à indenização garantida pela evicção, caso essa sobrevenha. Em causa está a proteção de quem arremata judicialmente em um processo de execução. O ponto problemático nessa situação reside em saber quem deverá indenizar pela perda advinda da evicção. Percebe-se que tal situação distingue-se sobremaneira de contratos celebrados com base na autonomia negocial livremente exercida por sujeitos privados. Em um processo executivo, encontram-se presentes (1) o Poder Judiciário, que expropria bens de quem é executado, transferindo-o para a esfera patrimonial do arrematante, (2) o executado, cujo patrimônio é expropriado com o objetivo de saldar suas dívidas e (3) o exequente, cujo crédito é satisfeito com o produto obtido pela arrematação dos bens expropriados. Nessa ordem de ideias, tem-se que o arrematante/evicto será ressarcido pelo executado e pelo exequente pelos valores pagos. Quanto à responsabilidade específica pela evicção, esta deverá

7 Miguel Maria de Serpa Lopes. Curso de Direito Civil. V. III. 3ª. ed. : Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961 p. 180. Exceção seria a situação da doação modal, como observa Caio Mário, pois nesse caso, diante do encargo estabelecido ao donatário, haveria uma similitude com os contratos onerosos. Instituições de direito civil. V. III. 15ª. ed, Atualizada por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 117.

recair sobre o devedor e, no caso de sua insolvência, o arrematante deve voltar-se contra o credor-exequente, que responderá, então, subsidiariamente.⁸ Quanto ao Estado, diante de sua atuação na transmissão do domínio do bem para o arrematante, ainda que pareça apenas praticar um ato para atingir o objetivo do processo de execução, conforme leciona Araken de Assis, “Ao sub-rogar à vontade do executado, as instâncias do exequente, ou veicular a ação deste na esfera jurídica do obrigado, (...) e, a um só tempo, decidir o domínio a favor de terceiro, o Estado assume o risco de entregar com uma mão o que, em seguida, retirará com a outra. Daí resulta o dever de indenizar o evicto. Ademais, a inserção do Estado no negócio de arrematação autoriza imputar-lhe responsabilidade pelo dano porventura causado por terceiro. Deste modo, o Estado responderá solidariamente com as partes da relação processual pela evicção do arrematante”.⁹ Tal entendimento é o mais adequado às exigências da garantia pretendida pela evicção.

Sem embargo, nada obstante a definição referida, a situação da evicção pode alcançar também aquele credor que for evicto da coisa recebida em pagamento.¹⁰ Justifica-se essa regra se considerada a similitude existente entre a figura da dação em pagamento com a compra e venda. Em ambos os casos ocorre igualmente uma forma de alienação, a partir do momento em que o credor integra ao seu patrimônio bem que pertencia ao devedor – e que por esse ato vê-se liberado do vínculo

8 Nos termos da doutrina de Pontes de Miranda, “Se o preço da arrematação, ou o complemento para a adjudicação, já foi distribuído, o arrematante ou adjudicatário tem direito e pretensão a ser-lhe restituído pelos credores e, se algo recebeu o devedor mesmo, por esse.” *Obra citada*, p. 181. Para Nelson Rosenvald, “A cláusula que acautela o adquirente em face da evicção é implícita, mesmo nos contratos efetuados em hasta pública. Destarte, haverá proteção em prol daquele que arrematou judicialmente em processo de execução. A grande indagação é a seguinte: quem lhe indenizará pela coisa evencida? Afinal, não se trata de alienação de um bem, mas sim de uma hipótese de expropriação praticada pelo Estado. Ademais, propugnar a evicção contra o antigo dono é uma tarefa árdua, diante de seu estado econômico precário, a não ser que tenha percebido o saldo remanescente pela evicção. A outro turno, postular contra os credores da execução gera maiores chances de sucesso, haja vista que eles levaram o bem à hasta e embolsaram o seu valor. Poder-se-ia, em princípio, objetar que os credores nunca foram titulares do bem, porém a cláusula geral da função social do contrato (...) propicia que o adquirente alcance aqueles, tendo em vista que o adquirente se torna vítima de uma relação obrigacional entre o executado e exequentes. Em suma, o resguardo do princípio da boa-fé objetiva provocará uma solidariedade passiva entre credores beneficiados e o executado”. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coord. Cezar Peluso. 4ª ed. Barueri, SP: Manole, 2010, p. 509.

9 ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pág. 742

10 Nesse sentido, ver artigo 356 do Código Civil Brasileiro.

com o credor. Ora bem, se o que foi dado em pagamento é compulsoriamente retirado do patrimônio do credor, há de se reestabelecer a obrigação originária, perdendo eficácia a quitação dada.

2. Privação do direito do adquirente: o adquirente deve perder o domínio ou a posse da coisa adquirida por meio de um contrato ou adquirido em hasta pública. Observa-se não ser necessária a posse por parte do alienante para se materializar a evicção. A frustração da justa expectativa do adquirente/evicto de obter a transmissão integral do direito é elemento suficiente para consubstanciar a evicção.¹¹ Ademais, a responsabilização oriunda da evicção vincula-se a obrigação de fazer conferida àquele que aliena um bem a partir de uma relação contratual. Essa privação pode ser plena ou parcial. Daí a se reconhecer a evicção como total ou parcial. Será total quando sobrevier da decisão judicial ou administrativa a perda completa do bem. Será parcial nos casos em que essa perda recair sobre uma fração do bem adquirido.

Diante da perda total do bem, o adquirente/evicto terá direito, oponível diante do alienante, a ser restituído integralmente naquilo que perdeu com o ato que deu origem à evicção.¹² A evicção, pois, constitui-se como uma garantia contratual, cuja existência decorre da própria natureza dos contratos onerosos e se dinamiza quando o adquirente é derrotado diante de uma ação reivindicatória ou de natureza real promovida por quem vê reconhecido direito anterior sobre o bem. Portanto, sem a necessidade de previsão expressa no corpo do contrato. O conteúdo desse direito reparatório repousa na ideia própria da responsabilidade civil de se colocar a vítima do dano em uma condição equivalente a que se encontraria antes da ocorrência do prejuízo – no caso, prejuízo suportado pela evicção. Por oportuno, há de se consignar que a pretensão de se ver ressarcido pela ocorrência da evicção decorre de inadimplemento contratual, sendo submetida a prazo prescricional de três anos.

No caso da evicção parcial, se esta for considerável, caberá ao

11 Cfme REsp 1577229 / MG (Recurso Especial 2016/0005234-0). Terceira turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 08/11/2016.

12 Ver artigo 450 do Código Civil Brasileiro.

adquirente/evicto escolher entre: 1. a rescisão do contrato ou 2. postular o valor correspondente ao prejuízo suportado. Decerto que a expressão considerável é plástica, vaga, imprecisa, carecendo do caso concreto para sua definição. Entretanto, a evicção parcial será avaliada como considerável quando a perda “ensejaria a não celebração do contrato se o adquirente pudesse prever a verificação da evicção e sua extensão”.¹³ Observa-se que o Código Civil Argentino, em seu artigo 2125, positiva esse entendimento, ao disciplinar que a importância da evicção parcial surge “cuando la pérdida es tal que sin ella no hubiera comprado la cosa”, como destaca Ricardo Lorenzetti.¹⁴ Ademais, na evicção parcial, conforme apreciação casuística feita pelo Estado do magistrado, se a mesma não for considerável, ao adquirente/evicto caberá tão só pleitear a indenização de acordo com o seu real prejuízo.

3. Sentença judicial ou ato administrativo que reconheça direito preexistente: o evicto deve ser condenado a devolver, restituir, a coisa, seja por sentença judicial ou ato administrativo que reconheça a outro (evictor) direito prevalente sobre o bem objeto da relação negocial. Ao fim do processo, configura-se a evicção quando a sentença define que por causa anterior à aquisição, a coisa pertence em todo ou em parte a outro sujeito. Em relação à decisão judicial, interessante questão surge: há de haver o trânsito em julgado para se caracterizar a evicção? Tal questão foi amplamente tratada pela 4ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ),¹⁵ concluindo-se que, em atendimento à realidade social, não há de se exigir o trânsito em julgado da decisão judicial para se ter a evicção. De fato, como explicado na jurisprudência referida, a civilística contemporânea considera ser suficiente “a mera declaratividade da sentença para caracterizar a evicção, de forma que fica superado o romanismo do desapossamento como pressuposto necessário (...)”.¹⁶

4. Vício jurídico desconhecido do adquirente e anterior à

13 Conforme Nelson Nery Junior, *op. cit.* p. 849.

14 Tratado de los contratos – parte general. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, s.d. p. 675.

15 STJ, REsp 1332112/GO 4ª T.j. 21.03.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão.

16 Nesse sentido, ver José Eduardo da Costa. Evicção nos contratos onerosos. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 44.

aquisição da coisa: Percebe-se que com a evicção o contrato não cumpre com a expectativa que dele se tem: a aquisição legítima da propriedade por parte do adquirente. Ademais, é irrelevante a existência ou não de culpa ou má-fé do alienante para se configurar a sua obrigação de resguardar o adquirente diante dos riscos da evicção.¹⁷ Há, pois, um déficit no efeito translativo do contrato, com a consequente privação do bem pelo adquirente. O fato que origina essa perda há de ser um vício jurídico. Há vício jurídico, conforme magistério de Pontes de Miranda, na circunstância em que “por um defeito na titularidade do devedor que prestou, o credor recebe direito diminuído em comparação com o que foi prometido, ou com o que, em virtude de lei, tinha de adimplir”.¹⁸ Esse vício jurídico que fundamenta a legitimidade do que pretende o evictor: reaver o que lhe é de direito, acarretando, por via de consequência, a privação do bem por parte do adquirente/evicto. Esse vício, que frustra a correta execução do contrato – e igualmente a confiança do adquirente –, deve ser, inexoravelmente, anterior à (ilusória) transmissão do domínio. Nada obstante o aspecto da anterioridade do vício ser consensualmente considerado na doutrina, diante da objeção de Josseland,¹⁹ há de se compreendê-lo passível de flexibilização. Veja-se, por exemplo, a hipótese de o vendedor alienar o mesmo imóvel a duas pessoas e o segundo comprador escriturar o imóvel antes do primeiro comprador. Acaso não seria motivo para se cogitar da evicção?

Em doutrina nacional, Beviláqua igualmente relativiza o requisito da anterioridade do vício quando a usucapião ainda não se consumou ao tempo da venda, mas o lapso exigido transcorre logo após a conclusão do contrato. Nessa hipótese, o adquirente não teria condições de interrompê-lo, acarretando a perda do bem adquirido. Nos termos da lição de Beviláqua, “só não há evicção, quando o usucapião, iniciado antes de ser alienada a coisa, termina depois, porque está no poder do

17 Nesse sentido, ver Recurso Especial 873.165/ES. Relator: Ministro Sidnei Beneti. 3ª. Turma. Julgado em 18/05/2010.

18 Obra citada, p. 158.

19 Nessa direção, o autor francês propõe que o critério para definir a responsabilidade pela evicção seria um fato imputável ao alienante – e não propriamente fato anterior à venda. *Apud* Serpa Lopes, obra citada, p. 187.

adquirente interrompê-lo”.²⁰ Logo, se faticamente não há condições de o adquirente interromper a usucapião, seria correto cogitar-se da evicção por fato que se consuma posterior à aquisição.

Ao fim e ao cabo, há de se referir que esse vício deve ser desconhecido pelo adquirente/evicto, pois, como normatiza o Código Civil, em seu artigo 457, Não pode o adquirente demandar pela evicção, se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa. Como pondera Nelson Nery Jr,²¹ se o adquirente tinha conhecimento de que o bem adquirido era alheio e ainda assim o adquire, age de má-fé. Contudo, se sabia que sobre o bem recaía algum litígio, terá direito à restituição do preço – salvo se expressa e inequivocamente assumiu os riscos da evicção, caso em que ter-se-á um contrato aleatório.

A casuística, nesse sentido, ilustra bem a situação. Um imóvel havia sido hipotecado ao banco pelo pai. Quando posto em leilão, os filhos o arremataram. Ora, os filhos conheciam os riscos potenciais inerentes à compra e venda do imóvel que arremataram, pois sabedores de que estava pendente o julgamento de um mandado de segurança, cujo objetivo era a retomada da propriedade pelo pai. Com a procedência do mandado de segurança, os filhos postularam em juízo uma indenização para serem ressarcidos diante dos valores gastos no leilão.

O Superior Tribunal de Justiça²² percebeu a violação do art. 457 do Código Civil, “porquanto, está claro que os adquirentes tinham ciência da litigiosidade do bem, razão pela qual, não poderiam demandar pela evicção para reaver os valores gastos com a compra do bem imóvel. Ou seja, reconhecida a ausência de boa-fé dos recorridos no momento da aquisição do bem, aplicável o art. 457 do Código Civil (...)”.

Diante do caso, além dos requisitos anteriormente citados, a boa-fé do adquirente se constitui igualmente como um requisito para a materialização da evicção e os efeitos dela decorrentes.

20 Obra citada, p. 222. Essa situação é também cogitada por H. de Page, conforme destaca Serpa Lopes, *op. cit.* p. 187.

21 Obra citada, p. 850.

22 REsp. Nº 1.293.147 – GO (2011/0163068-4) 3ª. Turma. Rel.: Min. João Otávio de Noronha. DJe: 31/03/2015.

3. EVICÇÃO, AUTONOMIA PRIVADA E EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE.

Por autonomia privada se entende o poder reconhecido pela normatividade jurídica ao homem, qualificado como sujeito do direito, de juridicizar sua atividade econômica. Decerto que a autonomia privada não designa a autonomia humana em sua plenitude, nem toda a liberdade privada, senão que apenas um aspecto da liberdade: a liberdade negocial.²³ Opera, assim, como instrumento jurídico de atuação e concretização de interesses negociais privados. Sem embargo, uma das tarefas da ordem jurídica é normatizar a vida em sociedade. Contudo, há de se reconhecer que o espaço e o alcance das normas jurídicas sobre as relações intersubjetivas que sofrem o reflexo do direito, não devem ser absoluto, pleno. Por assim dizer, não há como se normatizar toda a possibilidade de atuação humana. Então, como bem destaca Rezzônico, “la autonomia privada puede aprovechar esse vacío necesario, esse interstício legal para crear su contrato *ex novo* e (...) puede, dentro de ciertos límites, anteponer su próprio dictado (...) a las normas del Código”.²⁴ Ainda, como bem salienta o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino,²⁵ contemporaneamente sobressai a base constitucional da autonomia privada. Não só quando assegura a liberdade econômica, mas igualmente quando tutela a liberdade individual, estabelecendo um incontornável nexo entre “a autonomia privada ao próprio desenvolvimento da dignidade humana, embora não atue, naturalmente, de forma absoluta, sofrendo limitações de outros princípios (boa-fé, função social, ordem pública)”.

No tocante às limitações da autonomia privada, sobressaem os valores sociais, de ordem pública, que irradiam seu feixe axiológico nas

23 Conforme ressalta Francisco Amaral Neto, a autonomia privada vincula-se ao poder negocial, conferido às pessoas, de criação do conteúdo jurídico. “Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional”, in ESTUDOS em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989, p. 14. Assim também Ana Prata, na sua obra A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11 e seguintes.

24 Juan Carlos Rezzônico. Principios fundamentales de los contratos, Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 183.

25 Recurso Especial Nº 1.158.815 – RJ (2009/0195426-0). 3ª. Turma. Julgado em 15/10/2011.

relações entre privados, cumprindo a tarefa de conservar princípios básicos de justiça dos contratos. Evidencia-se, pois, a limitação da autonomia privada, por exemplo, pelo atendimento da função social do contrato e pela vinculação do exercício dos direitos aos limites impostos pela sua própria finalidade socioeconômica. As relações obrigacionais, estabelecidas com base no exercício da autonomia privada, não se dissociam por completo do contexto comunitário que envolve a própria relação. E se é fato que as partes envolvidas nessa relação devem guardar entre si deveres de lealdade, não é menos verdade que também devem respeitar as exigências axiológicas de ordem pública. Afinal, o vínculo obrigacional, sobretudo o contratual, se dá em um ambiente comunitário, onde o sistema jurídico, com sua densidade ético-normativa, é o seu pressuposto.

Com base, então, no princípio da autonomia privada e no poder de dispor sobre interesses de ordem privada, admite-se que as partes decidam sobre o alcance da responsabilidade pela evicção.²⁶ Assim, as partes podem estabelecer garantias complementares ou mitigar a responsabilidade, como, por exemplo, suprimir as custas judiciais devidas pelo evicto.²⁷

Entretanto, ainda que as normas relativas à evicção sejam de natureza dispositiva – e não cogente – a possibilidade de exclusão total deve ser interpretada de forma restritiva. O próprio artigo 449 do Código Civil brasileiro sinaliza para uma relativização da cláusula de exclusão de responsabilidade pela evicção. Portanto, não se obsta ao evicto o direito de ser restituição do preço pago mesmo presente no contrato cláusula excludente de responsabilidade pela evicção. O alienante não se exonera automaticamente da devolução do preço pago com a simples inclusão de uma cláusula que afaste a sua responsabilidade diante da evicção.

A total exclusão da responsabilidade pela evicção somente ocorrerá se, além de cláusula expressa nesse sentido, haja, por parte do

26 Nesse sentido, ver artigo 448 do Código Civil Brasileiro.

27 Nesse sentido, ver Gustavo Tepedino. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.76

adquirente, a assunção do risco, bem como o conhecimento inequívoco do próprio risco. Assim igualmente se expressa Sílvio Venosa: “Para que a evicção não gere pagamento algum, é necessário não somente excluí-la expressamente, mas que também o adquirente tenha ciência do risco e o tenha assumido expressamente”.²⁸ Em uma visão sistemática, considerando-se o previsto no artigo 457 do Código Civil brasileiro, quando o adquirente tem ciência do vício e que sobre o mesmo há um litígio haveria a conversão do contrato comutativo em aleatório,²⁹ que, por essência, afasta a garantia pela evicção.³⁰

4. EVICÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A evicção é, portanto, uma garantia dos contratos comutativos quando o adquirente (evicto) perde, em razão de vício anterior ao negócio jurídico, a posse ou propriedade do bem³¹ em virtude de sentença³² que reconhece a outrem (evictor) direito preexistente sobre o objeto adquirido.³³ Para obter a restituição do valor pago e a indenização dos prejuízos resultantes da evicção, o evicto volta-se contra o alienante, denunciando-o no próprio processo judicial em que discutida a titularidade do direito real em face do evictor.

Portanto, trata-se de garantia que visa assegurar o direito de

28 Sílvio de Salvo Venosa. Código Civil Interpretado. 3ª. ed. S. Paulo: Atlas, 2013, p. 640.

29 Assim ilustra Sílvio Venosa: “É o caso (...) de quem adquire objeto ou crédito litigioso com perfeita ciência desse fato. Nesse caso, o contrato equiparar-se-á a negócio aleatório na forma do artigo 460”. Obra citada, p. 448.

30 A ilustrar essa visão, cita-se a seguinte jurisprudência, plenamente de acordo com o Código Civil de 2002: “(...) O comprador não goza da garantia contra a evicção que sofre se tinha conhecimento da litigiosidade do direito sobre o bem adquirido. (...) Pois, no caso, o contrato passa a ser aleatório”. TJDF. 4ª. Turma Cível. Apelação Cível 3359594. Rel. Des. Everards Mota e Mattos. Julgado em 02/12/1994.

31 “a garantia da evicção é assegurada, inclusive, quando a aquisição se tenha realizado em hasta pública.” WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et all. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.252.

32 Ainda que esta decisão não tenha transitado em julgado conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp 1332112/GO 4ª T.j. 21.03.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão). MEDINA, José Miguel García. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.221.

33 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.547.

ação em busca do ressarcimento do prejuízo causado pelo litisdenunciado.³⁴ A denunciação da lide é a modalidade de intervenção de terceiro³⁵ para buscar tal ressarcimento. “Se a parte, bem ou mal, quer fazer uma denunciação da lide a terceiro³⁶, está, na verdade, querendo propor contra este uma ação incidental de garantia e/ou indenização.”³⁷ A denunciação da lide é incidente porque instaurada em processo já existente e tem natureza regressiva dentro do processo principal, por medida de economia processual.³⁸

Nesse sentido o art. 456 do Código Civil é expresso ao consignar que “Para exercer o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo.” Esta notificação, no processo, se dá por meio da denunciação da lide do alienante por parte do evicto, que era obrigatória, segundo artigo 70 do antigo Código de Processo Civil.

Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

I – ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

II – ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;

34 REINTEGRAÇÃO DE POSSE DENUNCIAÇÃO DA LIDE AO ALIENANTE ADMISSIBILIDADE ART. 70, I, CPC DIREITO DE EVICÇÃO – O direito do evicto inclui todo contrato oneroso envolvendo posse ou propriedade Denunciação da lide ao alienante na ação de reintegração de posse para que os réus possam exercer o direito que da evicção lhes resulta, ou seja, para que se lhes oportunize o direito de pleitear indenização pelos prejuízos que eventualmente venham a sofrer em caso de perda da posse – RECURSO DESPROVIDO.

35 Embora parte da doutrina entenda que esta classificação só serviria para a denunciação realizada pelo réu, pois quando promovida pelo autor, seria, na verdade, caso de “litisconsórcio passivo originário eventual”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 90. De qualquer modo, em ambos os casos de litisconsórcio unitário porque a decisão da ação originária é uniforme para ambos. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et all. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2. ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.263.

36 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 89.

37 SANCHES, Sydney. *Da denunciação da lide*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 164.

38 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodvm, 2016. p.201.

III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Pelo regime do CPC revogado, e partindo de uma interpretação literal do dispositivo, em processos envolvendo o evicto, o adquirente que não denunciase o alienante perderia o direito sobre a coisa adquirida e não poderia buscar a restituição dos valores e o pagamento de indenização.

Esta consequência drástica então imposta pela lei processual ao adquirente de bem viciado, e a vantagem ao alienante decorrente desse singelo lapso processual por parte do evicto, passou a ser questionada pela doutrina e jurisprudência brasileiras, até que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento de que a regra que impunha denunciação a lide deveria ser flexibilizada³⁹, passando a ser tratada como ônus processual.⁴⁰

A propósito, desde a vigência do CPC de 1939, Serpa Lopes já defendia que a falta da denunciação não deve provocar privar o adquirente prejudicado da ação de indenização. Mas a polêmica se manteve e a natureza obrigatória prevaleceu no CPC/73.

39 PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. EXERCÍCIO DOS DIREITOS ADVINDOS DA EVICÇÃO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. DESNECESSIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. [...] 2. A evicção consiste na perda parcial ou integral do bem, via de regra, em virtude de decisão judicial que atribui o uso, a posse ou a propriedade a outrem, em decorrência de motivo jurídico anterior ao contrato de aquisição, podendo ocorrer, ainda, em virtude de ato administrativo do qual também decorra a privação da coisa. [...] 3. A perda do bem por vício anterior ao negócio jurídico oneroso é fator determinante da evicção, tanto que há situações em que, a despeito da existência de decisão judicial ou de seu trânsito em julgado, os efeitos advindos da privação do bem se consumam, desde que, por óbvio, haja a efetiva ou iminente perda da posse ou da propriedade, e não uma mera cogitação da perda ou limitação desse direito. 4. O trânsito em julgado da decisão que atribui a outrem a posse ou a propriedade da coisa confere o respaldo ideal para o exercício do direito oriundo da evicção. [...] 7. O exercício do direito oriundo da evicção independe da denunciação da lide ao alienante na ação em que terceiro reivindica a coisa, sendo certo que tal omissão apenas acarretará para o réu a perda da pretensão regressiva, privando-lhe da imediata obtenção do título executivo contra o obrigado regressivamente, restando-lhe, ainda, o ajuizamento de demanda autônoma. [...] (STJ, REsp 1332112/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 21.03.2013).

40 “A denunciação da lide é um ônus processual, com o que, não há dever de denunciar, acarretando a não denunciação apenas a perda da oportunidade de obtenção do regresso no mesmo processo, ressalvada, pois, a possibilidade de ação autônoma (art. 125, § 1º, CPC; STJ, 1ª turma, REsp 440.720/SC, rel. Min. Denise Arruda, j. 17.10.2006, p.230). A propósito, o art. 787, § 3º, CC, não impõe dever de denunciar: há ônus. I art. 1.072, inciso II, CPC, revogou o art. 456, CC.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.262.

Nesse sentido, alterando a redação da lei, o CPC vigente passa a prever como “admissível” e não “obrigatória” a denunciação da lide, consolidando o entendimento que há anos é defendido pela doutrina e jurisprudência.

Agiu bem o legislador em acompanhar essa mudança de entendimento da comunidade jurídica.⁴¹ É o que se depreende da leitura do novo Código de Processo Civil, lei 13.105 de 2015, quando faculta a denunciação no artigo 125:

Art. 125. É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes:

I – ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam;

II – àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

§ 1º O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida.

§ 2º Admite-se uma única denunciação sucessiva, promovida pelo denunciado, contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo, não podendo o denunciado sucessivo promover nova denunciação, hipótese em que eventual direito de regresso será exercido por ação autônoma.

De fato, o capítulo da denunciação da lide, o novo CPC permite a denunciação do alienante, mas não a obriga, pois, mesmo deixando de realizá-la, pode ainda assim o prejudicado ajuizar ação regressiva contra o alienante do bem perdido, tal como se verifica do texto do §1º do referido artigo. O ideal é denunciá-lo na ação principal que discute a titularidade do direito real sobre o bem, evitando nova demanda quando a indenização pela perda do objeto pode ser obtida no mesmo processo. Mas o importante é que o novo diploma legal não impede o evicto de buscar este direito posteriormente, caso deixe de denunciar a lide o alienante.

41 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. 2 ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.195.

O primeiro inciso do art. 125 é o que se refere à evicção.⁴² Nos dizeres de Artur Torres:

O denunciante visa, com a utilização do expediente em tela, a obter, no mesmo processo, a condenação do denunciado (obrigado a ressarcir-lo) por conta dos prejuízos que vier a experimentar em decorrência de sua sucumbência no pleito originário. (...) O § 1º do artigo 125 fulmina, expressamente, debate outrora travado em sede doutrinária e jurisprudencial acerca da *obligatoriedade*, ou não, da denunciação da lide em determinados casos. À luz do texto vigente, não há dúvida: trata-se de mera faculdade da parte, que, optando em não se socorrer do expediente sob comento, poderá, em ação autônoma, postular o reconhecimento do direito de regresso.⁴³

O enunciado 120 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, aprovado em 2014, registra tal posicionamento doutrinário já então adotado pelos tribunais brasileiros, e que hoje está consolidado no novo CPC: “(art. 125, §1º, art. 1.072, II) A ausência de denunciação da lide gera apenas a preclusão do direito de a parte promovê-la, sendo possível ação autônoma de regresso. (*Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros*)”.

Embora a redação do caput do art. 70 do CPC/73 fosse no sentido de que a denunciação seria obrigatória, fixou-se na doutrina e jurisprudência, num primeiro momento, o entendimento de que a *obligatoriedade* dar-se-ia apenas na hipótese do inciso I, da evicção (que é a perda de um direito em função de decisão judicial, em razão do contido no art. 456 do CC (revogado pelo art. 1.072, II do NCPC). Nesse caso, se a denunciação ao alienante não fosse provocada, haveria perda do próprio direito material à indenização. Com o decorrer do tempo, contudo, o entendimento passou a ser que nem nessa hipótese a denunciação seria obrigatória. (...)

Ou seja, não haverá a perda do direito material à indenização caso a denunciação não seja provocada pela parte.⁴⁴

42 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et all. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2. ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.251.

43 TORRES, Artur. *CPC/2015*: teoria e prática forense. Porto Alegre, 2017. No prelo. p. 153.

44 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et all. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2. ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.256 e 257.

Por conseguinte, é possível afirmar que o direito de regresso está resguardado, ainda que não exercido através da denunciação ou, se realizada, a denunciação da lide for indeferida ou não for permitida, como é o caso dos processos em trâmite nos Juizados Especiais Cíveis e da denunciação sucessiva descrita no art. 125, §2º⁴⁵, ambos os casos vedados por lei.

Quanto à última hipótese de vedação, percebe-se que o novo código não apenas afastou a denunciação obrigatória, como a limitou a uma única vez. Esta é outra mudança significativa do CPC recém aprovado. No código antigo, o art. 73 facultava a chamada litisdenunciação sucessiva. A nova lei, contudo, prevê que o denunciado não poderá denunciar terceiro no mesmo processo, devendo buscar seus direitos em ação autônoma, conforme o mencionado §2º do artigo 125 do CPC.⁴⁶

Como aduz Alexandre Freitas Câmara, “Apenas uma denunciação sucessiva é admissível, e o denunciado sucessivo não poderá promover nova denunciação, só podendo exercer eventual direito de regresso perante outrem através de demanda própria, em processo autônomo (art. 125, § 2º).”⁴⁷

Com relação ao trâmite procedimental, prevê o novo CPC que a denunciação deverá ser requerida na primeira oportunidade, sendo vedada a determinação *ex officio*.⁴⁸ Deste modo, deve ser promovida

45 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 89.

46 O CPC/2015, de maneira inédita, limita o número de “denunciações sucessivas” a uma. O denunciado (originário) poderá, querendo, valer-se do expediente processual (da denunciação) para trazer aos autos seu antecessor imediato na cadeia dominial ou o responsável por indenizá-lo. Este (o *denunciado sucessivo* – denunciado pelo *denunciado originário*), por sua vez, não poderá promover “nova” denunciação, restando-lhe, pois, buscar o regresso, sendo o caso, em ação autônoma. Trata-se de medida que, bem compreendida, visa a impedir que a utilização da intervenção sob comento torne a tramitação do feito morosa e confusa, face à repetição sem fim de denunciações.” TORRES, Artur. **CPC/2015: teoria e prática forense**. Porto Alegre, 2017. No prelo. p. 153-154.

47 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 90.

48 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 217. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et all. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tri-

na inicial se feita pelo autor (art. 126 e 127 do novo CPC), ou, na contestação, se feita pelo réu (art. 128 do novo CPC), admitindo-se, em homenagem ao princípio da instrumentalidade, seja formulado em petição avulsa, desde que antes do término do prazo para defesa.⁴⁹ Em ambos os casos é processada conjuntamente, eis que trata-se de duas ações em um mesmo processo.

Caberá recurso de agravo de instrumento⁵⁰ da decisão que admite ou inadmite intervenção de terceiros, conforme art. 1015, IX do NCPC.

Por ser caso de litisconsórcio unitário entre denunciante e denunciado na ação principal, contarão, ambos, com prazo em dobro para se manifestar nos autos, conforme art. 299 do CPC/2015.

Se o denunciante for vencedor da ação principal, a denunciação restará prejudicada, mas se vencido, o juiz passará, então, ao julgamento da denunciação da lide, ordem lógica apresentada pelo art. 129 do CPC.⁵¹ “A sentença que decidir a causa inicial tem de decidir igualmente sobre a causa regressiva. A sentença é formalmente una e materialmente dupla.”⁵²

Portanto, é possível afirmar que a denunciação visa resolver mais de um litígio no mesmo processo, como forma de atender aos propalados princípios da economia e celeridade processuais, “pois evita que o denunciante tenha que promover ação autônoma para fazer valer seu direito de regresso, o que favorece, ainda, a harmonia

bunais, 2016. p.260. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.554.

49 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et all. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.261 e 262.

50 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et all. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.259.

51 “Haverá, na verdade, duas lides, que serão processadas em *simultaneous processus* e julgadas na mesma sentença (CPC 129); duas relações processuais, mas um só processo.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.546.

52 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.264.

entre os julgados.”⁵³ Deixando de oferecer denunciação a lide contra o alienante, o adquirente perderá a oportunidade de reaver seu prejuízo no processo que discute a evicção, mas poderá futuramente buscar a indenização em ação autônoma de regresso. Também aquele que foi denunciado, pois a vedação da denunciação sucessiva em um mesmo processo faz com que tenha que se socorrer de ação autônoma para exercer seu direito de regresso.

De ressaltar, por fim, que, segundo o art. 88 do Código de Defesa do Consumidor segue vedada a denunciação em caso de responsabilidade do comerciante pelo fato do produto. E “embora esse artigo se refira às ações de responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, a jurisprudência tem-se posicionado no sentido de que, de maneira geral, a denunciação da lide não é cabível nas ações que envolvem relações de consumo.”⁵⁴

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visto que o conceito de evicção ganha novos contornos com a dinâmica das relações sociais, alcançando situações decorrentes de perdas de bens não só por sentenças judiciais, mas igualmente por decisões administrativas. Nessa linha:

- 1) Conceitua-se evicção como a privação parcial ou total de bem adquirido por força de um contrato ou em hasta pública, a partir de sentença judicial, mesmo que recorrível, ou execução de ato administrativo que reconhece a um terceiro, alheio à operação que deu causa a aquisição, a propriedade ou a posse, presente – e reconhecido – vício anterior ao contrato que originou a aquisição.
- 2) A garantia ofertada pela evicção responsabilizará o alienante de modo a cobrir integralmente os prejuízos sofridos pelo evicto, caso a privação seja total. Diante da evicção parcial, se

53 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et all. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.251.

54 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et all. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2. ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.257. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodvm, 2016. p.204.

esta for considerável, o evicto optará entre o desfazimento da relação contratual ou poderá pleitear o valor correspondente ao prejuízo suportado.

- 3) A boa-fé do adquirente se constitui também em um requisito para a configuração da evicção.
- 4) Com fundamento no princípio da autonomia privada, confere-se às partes reforçarem ou até mesmo excluírem a responsabilidade pela evicção. Todavia, essa última hipótese, para ser válida e suprimir por completo os riscos pela evicção, exige uma apreciação sobre a própria natureza do contrato. No sentido de que, ao fim e ao cabo, diante da formação de contratos aleatórios a exclusão plena da responsabilidade sobre a evicção será permitida.
- 5) Para a restituição do valor pago e a indenização dos prejuízos resultantes da evicção, o evicto denunciando o no próprio processo judicial o alienante em que se discute a titularidade do direito real em face do postulado pelo evictor.
- 6) A atual legislação processual estabelece que, nos casos de evicção, a denunciação da lide é admissível – e não mais obrigatória, conforme as normas processuais anteriores. Positiva-se, por essa via, o entendimento doutrinário e jurisprudência que há muito era defendido.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amaral Neto, Francisco “Autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional”, in ESTUDOS em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. 2 ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016..

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Beviláqua, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por. V. II. 6ª. tiragem. Editora Rio: Rio de Janeiro: s.d.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Costa, José Eduardo da. Evicção nos contratos onerosos. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 44.

Lorenzetti, Ricardo. Tratado de los contratos – parte general. Buenos Aires: Rubinzal

Culzoni, s.d. p. 675.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016..

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Nery Junior, Nelson, Nery, Rosa Maria de A., Código Civil Comentado, 11ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: JusPodvm, 2016.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado, t. XXXVIII. 3ª. ed. (reimpressão) , Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

Prata, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982.

Rezzónico, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos, Buenos Aires: Astrea, 1999.

Rosenvald, Nelson. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência . Coord. Cezar Peluso. 4ª ed. Barueri, SP: Manole, 2010.

SANCHES, Sydney. Da denúncia da lide. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 164.

Serpa Lopes, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil. V. III. 3ª. ed. : Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

Silva Pereira, Caio Mário da, Instituições de direito civil. V. III. 15ª. ed, Atualizada por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Silva, De Plácido e, Vocabulário jurídico, atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 24ª. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

Tepedino, Gustavo. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Artur. CPC/2015: teoria e prática forense. Porto Alegre, 2017..

Venosa, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 3ª. ed. S. Paulo: Atlas, 2013

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et all. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2. ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COMPETÊNCIA NA AÇÃO RESCISÓRIA

Araken de Assis¹

SUMÁRIO: 1. Competência em geral na rescisória – 2. Competência do tribunal na rescisória – 3. Equívoco no endereçamento da rescisória – 4. Competência interna do tribunal na rescisória – 5. Intervenção do sujeito federal na rescisória

1. COMPETÊNCIA EM GERAL NA RESCISÓRIA

Da localização da disciplina da ação rescisória no Título I – Da Ordem dos Processos e Dos Processos de Competência Originária dos Tribunais – do Livro III da Parte Especial do CPC de 2015 infere-se a sua condição de causa de competência originária de tribunal. Entre nós, tribunal significa, no âmbito civil, o órgão judiciário colegiado de segundo grau de jurisdição (TJ e TRF) e os tribunais superiores (STF e STJ).

Esse dado, isoladamente, já permite destacar ponto básico. A rescisória jamais integrará a competência em razão da matéria de qualquer órgão judiciário de primeiro grau. A circunstância de a decisão rescindenda haver transitado no respectivo âmbito não retira a competência originária do tribunal para o qual, em tese, ao vencido caberia recorrer *opportuno tempore*. Tampouco importa investigar se, nesse caso, era cabível recurso e se, interposto o recurso próprio, o órgão *ad quem* dele conheceu ou não.²

Outro aspecto importante avulta na rescindibilidade da decisão por força da incompetência absoluta do juízo (art. 966, II, 2.ª parte). Será competente para processar e julgar a rescisória, nada obstante, o tribunal ao qual o juízo incompetente se vincula hierarquicamente.

1 Professor Emérito da PUC/RS. Professor Titular (aposentado) da PUC/RS (Graduação e PPGD, Mestrado e Doutorado). Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela PUC/SP.

2 Flávio Luiz Yarshell, *Ação rescisória*, n.º 86, p. 277.

Portanto, havendo tramitado na Justiça Comum causas de competência da Justiça Federal, em razão da pessoa (*v.g.*, a da Justiça Federal, abrangendo os chamados sujeitos federais, a teor do art. 109, I, da CF/1988) ou em razão da matéria (*v.g.*, a da Justiça Federal, versando a causa originária direitos indígenas, a teor do art. 109, XI, da CF/1988), ou da Justiça do Trabalho (art. 114 da CF/1988), o reconhecimento da incompetência recairá sobre o TJ, remetendo-se o processo, caso procedente a rescisória, ao órgão judiciário de primeiro grau competente da Justiça Federal ou da Justiça do Trabalho.

A competência originária dos tribunais federais brasileiros, superiores (STF ou STJ) ou não (TRF), descansa diretamente na CF/1988. Os arts. 102, I, *j*, e 105, I, *e*, da CF/1988 atribuem competência para o STF e o STJ, respectivamente, processar e julgar, originariamente, “a ação rescisória dos seus julgados”. Impende fixar, então, o que seja julgado do STF ou do STJ para essa finalidade. Em relação ao STJ, há uma lacuna: em determinadas causas, arroladas no art. 105, III, o tribunal superior funciona como corte de segundo grau, por meio do recurso ordinário, e nada pré-exclui que a sentença de primeiro grau aí transite em julgado, porque não interposto ou (a hipótese receberá maiores considerações mais adiante) não conhecido o recurso próprio. Por outro lado, o art. 108, I, *b*, da CF/1988 é mais explícito quanto à competência do TRF, competindo-lhe processar e julgar “as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais”. Essa última cláusula evita a lacuna antes identificada no art. 105, I, *e*, relativamente ao STJ.³ A composição da regra evidencia que a competência do TRF nesse tópico abrangerá: (a) decisões transitadas em julgado decorrentes da sua competência originária ou recursal; (b) decisões dos juízes de primeiro grau na respectiva região e aí transitadas em julgado.

A competência originária do TJ, órgão de cúpula da Justiça Comum, administrada pelos Estados-membros, encontra-se na respectiva Constituição, por força do art. 125, § 1.º, da CF/1988. Em

3 José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, n.º 121, p. 202.

geral, os textos reproduzem literalmente a redação do art. 102, I, *j*, CF/1988 (*v.g.*, art. 74, VII, da CE/SP). Porém, havendo omissão (*v.g.*, art. 95, XII, da CE/RS), os regimentos internos dos TJ inspiram-se no art. 101, § 3.º, *c*, da LC 35/1979, atribuindo competência à seção civil (conjunto das turmas ou câmaras competentes para causas civis) para o julgamento das “ações rescisórias dos julgamentos de primeiro grau, da própria seção ou das respectivas turmas” (ou câmaras). Evidentemente, o dispositivo da lei complementar não satisfaz o art. 125, § 1.º, da CF/1988. Nem sequer a lei processual geral, disciplinando a rescisória no âmbito da competência originária do TJ, substitui a previsão na Constituição do Estado-membro. É uma dificuldade desnecessária, mas real, e desprezada na prática. O argumento da simetria não supre a falta de norma constitucional.⁴

Não é universal a inserção de remédios análogos à rescisória na competência dos órgãos judiciários de segundo grau. Por exemplo, o *Wiederaufnahmeverfahren* alemão é de competência do órgão judicial que conheceu da causa em primeiro grau (§ 584, n.º 1, da ZPO alemã),⁵ salvo exceções conforme a matéria. A *revocazione* do direito italiano (art. 398, n.º 1, do CPC italiano) compete ao juízo que proferiu a sentença impugnada e, portanto, tanto ao primeiro, quanto ao segundo grau. Interposta apelação parcial da decisão do primeiro grau, aplicar-se-á o princípio *tot capita, tot sententiae*.⁶ O princípio implícito na regra vigente originou-se do art. 498 do CPC italiano de 1865, competindo ao mesmo órgão que emitiu a sentença viciada rever seu erro.⁷ Idêntica diretriz disciplina a competência da *revision* (antiga *requête civile*) francesa. Também nesses domínios, havendo apelação, não mais incumbe ao órgão de primeiro grau conhecer da revisão.⁸

4 Entende competente o TJ por simetria das regras constitucionais, Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 3, n.º 677, p. 878.

5 Johann Braun, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, § 66, IV, 1, a, p. 1.055, *in verbis*: “Grundsätzlich ist der Antrag bei dem Gericht zu erhebend, das im ersten Rechtzug erkannt hat”.

6 Virgilio Andrioli, *Commento al Codice di Procedura Civile*, v. 2, p. 643.

7 Antonio Butera, *La revocazione delle sentenze civili*, n.º 94, p. 203.

8 Serge Guinchard, Frédéric Ferrand e Cécile Chainais, *Procédure civile*, n.º 1.786, p. 1.248.

Era omissa o direito brasileiro até a República quanto à competência para processar e julgar a rescisória. As opiniões se dividiam a esse propósito. Forte alvitre sustentava a tese da competência do juízo de primeiro grau, quer haja sido interposto recurso contra a sentença, ou não, conforme o paradigma germânico, dessa forma garantindo ao vencido na rescisória as vias de impugnação naturais ao duplo grau.⁹ É bem de ver que as regras estrangeiras então invocadas seguiam essa linha estrita (*v.g.*, o direito francês),¹⁰ desconhecendo a substituição do provimento do órgão *a quo* pelo do órgão *ad quem*, mas é certo que, sem prejuízo do efeito substituto, em princípio o vencido na causa originária postularia a rescisão no juízo que a processou em primeiro grau.

Sob a vigência da CF/1891, havendo dualidade de competência legislativa em matéria processual, os Estados-membros poderiam dispor diferentemente, bem como a própria lei federal, relativamente ao processo civil do antigo Distrito Federal (Rio de Janeiro). Assim, o art. 141, § 8.º, II, do Dec. 9.263, de 28.12.1911, disciplinando sua organização judiciária, atribuiu competência às Câmaras Cíveis Reunidas do então Tribunal de Apelação das “ações rescisórias para anulação das sentenças definitivas das mesmas Câmaras, ou delas mesmas, em juízo ordinário contencioso”. Essa é a fonte presumível do art. 801 do CPC de 1939 e – convém assinalar desde logo – do art. 101, § 3.º, *c*, da LC 35/1979, quando menciona a “seção” do tribunal, abrangendo todas as turmas ou câmaras de competência civil.

O reexame dos acórdãos do STF por órgãos de primeiro grau envolvia, no âmbito da Justiça Federal, delicado problema de hierarquia. Talvez o acórdão do STF agasalhasse a causa de rescisão, e, não, a sentença impugnada pelo recurso extraordinário. Por esse motivo, triunfou emenda ao regimento interno do STF, em 10.07.1913, consagrando solução intermediária, rezando o art. 16, § 7.º, do

9 M. I. Carvalho de Mendonça, **Da ação rescisória das sentenças e julgados**, n.º 5, p. 24.

10 Jean Baptiste Eugène Garsonnet e Charles Cézard-Bru, **Traité theorique et pratique de procédure**, v. 6, § 2.371, pp. 482-483.

RISTF de 1909 que tocava ao STF “julgar em única instância as ações rescisórias dos acórdãos proferidos pelo tribunal”; então, competiria ao primeiro grau unicamente processar a causa. Contestou-se esse dispositivo do RISTF. E com razão. Versava matéria de processo e ampliava a competência originária do STF sem respaldo em texto da CF/1901.¹¹ Legitimou-se essa competência, posteriormente, por meio do art. 76, n.º 2, II, da CF/1934, segundo a qual tocava ao STF “julgar... as ações rescisórias dos seus acórdãos”. Essa fórmula passou ao art. 101, II, n.º 1, da CF/1937 e encampou-a o art. 22, II, *a*, do RISTF de 1940. O art. 101, I, *k*, da CF/1946 corrigiu-a para “processar e julgar”. Assim, na vigência do CPC de 1939, ao STF competiria processar julgar as rescisórias de acórdãos proferidos em recurso extraordinário, desde que conhecido o recurso,¹² ou, não o tendo sido, em razão da peculiar (e errônea) técnica de julgamento desse recurso, o STF declarou inexistente a violação ao direito federal (na verdade, desprovendo o recurso).¹³

Esses subsídios históricos permitem estabelecer a regra geral no direito brasileiro. A rescisória é processo de competência originária do tribunal, relativamente: (*a*) acórdãos e decisões singulares proferidas em outras causas da sua competência originária (*v.g.*, reclamação;¹⁴ mandado de segurança; mandado de injunção), não se pré-excluindo acórdão proferido em outra ação rescisória, desde que, naturalmente, proposta contra vício verificado nesta última;¹⁵ (*b*) acórdãos ou decisões singulares de relator proferidos em recursos da sua competência (*v.g.*, no caso do STJ, o recurso ordinário nos casos previstos no art. 105, II),¹⁶ desde que conhecido o recurso, ou de sentenças de primeiro

11 Jorge Americano, **Estudo teórico e prático da ação rescisória dos julgados no direito brasileiro**, n.º 36, pp. 85-87. Em sentido contrário, porém, Pontes de Miranda, **Comentários à Constituição de 1946**, v. 2, pp. 208-213.

12 Pleno do STF, Ar 252-DF, 29.09.1950, Min. Rocha Lagoa, *DJU* 01.02.1951, p. 912.

13 Pleno do STF, AR 164-GO, 21.07.1950, Rel. Min. Lafayette de Andrada, *DJU* 05.08.1950, p. 9.123. Em termos, Luis Eulálio de Bueno Vidigal, **Da ação rescisória dos julgados**, n.º 131, p. 103.

14 Pleno do STF, AR 1.055-RJ, 12.03.1980, Rel. Min. Djaci Falcão, *RTJSTF*, 97/989.

15 2.ª S. do STJ, AR 337-RJ, 29.09.1993, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJE* 11.03.1993, p. 21.276.

16 3.ª S. do STJ, AR 3.976-GO, 11.06.2014, Rel. Min. Moura Ribeiro, *DJE* 17.06.2014.

grau não impugnadas pelo recurso próprio;¹⁷ (c) acórdãos ou decisões singulares de relatores proferidas em sucedâneos recursos (*v.g.*, remessa oficial), assinalando-se, no tocante ao STJ, o caso da remessa necessária na hipótese de ficar vencido município (art. 105, II, c).¹⁸

Maior interesse reveste para a competência da rescisória o acórdão ou decisão singular, nos casos do art. 932, IV e V, proferidos em recursos. É preciso que o recurso seja conhecido, independentemente do resultado do seu julgamento, *de meritis*, ocorrendo o efeito substitutivo do art. 1.008. Esse tema exige considerações específicas, pois o efeito substitutivo pode ser total ou parcial, razão por que, conforme a causa invocada, rescindir-se-á ou a decisão originalmente impugnada ou a decisão substituta, e impõe-se definir qual(ais) o(s) tribunal(ais) competente(s) e se haverá, conforme o caso, duas ou mais rescisórias.

2. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL NA RESCISÓRIA

Vencido o juízo de admissibilidade do recurso, e, *a fortiori*, do sucedâneo recursal, porque preenchidos o conjunto dos requisitos exigidos para o recurso ser conhecido pelo órgão *ad quem*, em princípio opera-se a substituição do ato impugnado pelo “julgamento” emanado do órgão *ad quem*. É o efeito aludido no art. 1.008: o ato decisório impugnado deixa de existir – “no que tiver sido objeto de recurso”, reza a parte final do dispositivo – , assumindo seu lugar outro ato, do qual emanam efeitos próprios, e, eventualmente, este é que transitará em julgado. Depois de julgado o recurso, no mérito, concebem-se dois termos de alternativa: (a) ou o pronunciamento superior tem idêntico conteúdo, mas é dele que decorrerão as vantagens originalmente apresentadas ao vencedor momentâneo; (b) ou o pronunciamento superior apresenta conteúdo contrário, hipótese em que o pronunciamento inferior não propiciará qualquer benefício ao antigo vencedor, enquanto o pronunciamento superior beneficiará, no

17 Não é, absolutamente, pressuposto de cabimento da ação rescisória o vencido ter interposto todos os recursos cabíveis, como assinalava, ainda na vigência do CPC de 1939, Odilon de Andrade, **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 9, n.º 44, p. 59.

18 José Carlos Barbosa Moreira, **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 5, n.º 121, p. 202.

todo ou em parte, o antigo vencido – agora, por definição, vencedor.

O efeito substitutivo relaciona-se com o vício de juízo (*error in iudicando*). Se o recorrente pretende a invalidação (*error in procedendo*) do provimento impugnado, ou do próprio processo, surge uma diferença, conforme o resultado do julgamento. Evidentemente, provido o recurso, o pronunciamento desaparecerá, seja por efeito de vícios intrínsecos, seja por força da contaminação provocada por vício antecedente, não se mostrando razoável enxergar, nessas situações, o efeito substitutivo. Nula a sentença, por exemplo, o “provimento do recurso *apaga* a sentença, não a substitui”.¹⁹ Em termos mais amplos: o provimento substituto jamais ocupará o lugar do provimento anterior.²⁰ Fitando a competência na rescisória, decidiu o STJ: “Quando for suscitado apenas *error in procedendo* no recurso de apelação, não há que se falar em substituição da sentença pelo acórdão prolatado no julgamento do recurso”, acrescentando que, na hipótese, “é viável apontar a sentença como objeto da ação rescisória”.²¹ Ora, não se ponderou adequadamente o assunto. É preciso distinguir entre o provimento e o desprovimento do recurso em que é alegado *error in procedendo*, porque as consequências são diferentes. Ocorrendo o desprovimento, o acórdão do órgão *ad quem* “encampa” o ato supostamente viciado, operando-se sua natural substituição por outro de idêntico teor.²² Ao invés, o provimento do recurso implicará o desaparecimento do provimento viciado e a emissão, na origem, de outro provimento, isento de vícios; entretanto, confirmado o pronunciamento viciado, “a decisão impugnada prevalecerá”,²³ mas substituída por outra de igual teor. Logo, a situação visualizada pelo acórdão do STJ é impossível: “não há que se falar em substituição da sentença pelo acórdão”, parafraseando o julgado, quando provida apelação em que “suscitado o

19 Pontes de Miranda, **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 7, p. 169.

20 Sandro Marcelo Kozikoski, **Manual dos recursos cíveis**, p. 115.

21 3.ª T. do STJ, REsp. 744.271-DF, 06.06.2006, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 19.06.2006, p. 136.

22 Nelson Nery Jr., **Teoria geral dos recursos**, n.º 3.5.5, p. 488. Neste mesmo sentido, com razão, Nelson Rodrigues Netto, **Recursos no processo civil**, n.º 1.6.6, p. 51.

23 Manoel Caetano Ferreira Filho, **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 7, p. 78.

error in procedendo”, mas, aí, a sentença desapareceu, porque anulada, e, obviamente, contra o que não existe mais é inadmissível a rescisória.

Ficaria incompleto o quadro do *error in procedendo* sem cogitar-se dos vícios sanáveis. Às vezes, o reconhecimento do *error in procedendo* não implicará a invalidação do ato decisório impugnado ou do próprio processo a partir de certo ponto, retornando o feito para a origem. Verificando-se nulidade é sanável, o órgão *ad quem* há de decretar o vício e ordenar a realização ou a renovação do ato (art. 938, § 1.º), conforme o caso, em seguida ultimando o julgamento. Nessa hipótese, também ocorrerá o efeito substitutivo, remanescendo o provimento do tribunal, por definição isento do alegado vício.

Facilmente se compreende, desaparecido o provimento impugnado, o objeto de eventual ação rescisória. Recairá sobre o provimento do órgão *ad quem*. O erro de atividade (*error in procedendo*) e o erro de juízo (*error in iudicando*), porventura identificados no provimento do órgão *a quo*, incorporaram-se ao pronunciamento do órgão *ad quem*, no caso de desprovimento do recurso, ou decorrem unicamente do julgamento do órgão *ad quem*, no caso de provimento. Em virtude do disposto no art. 1.008, já não se poderá dizer, *v.g.*, que os vícios do art. 966, II, sejam da sentença, porque este ato decisório, desprovida a apelação, deixou de existir, substituindo-a o acórdão do órgão *ad quem*.

Essa distinção assume capital importância nos sistemas que atribuem competência para processar e julgar a rescisória ao órgão que praticou o erro. Não tem sentido, porém, no regime alemão, em que a competência é, via de regra, do órgão judicial de primeiro grau. E, no regime brasileiro, embora a competência para processar e julgar a rescisória seja sempre do tribunal, mostra-se irrelevante quanto aos pronunciamentos do primeiro grau, seja qual o sentido do pronunciamento do tribunal de segundo grau, porque a este tocará a competência para desconstituir a sentença e o seu próprio acórdão, e, *a fortiori*, a decisão singular do relator (art. 932, IV e V), mas adquire relevo sobrevivendo decisão dos tribunais superiores (STF

e STJ). Impende retomar a exposição do efeito substitutivo para o cabal esclarecimento dessa questão.

O efeito substitutivo divide-se em duas espécies: (a) total; ou (b) parcial.

Efeito substitutivo total, quer seja reformado, quer seja confirmado provimento, ocorrerá na medida em que o recurso versar todos os capítulos e disposições do ato impugnado. Pressupõe-se, nessa contingência, a interposição de recurso total. E não importa que ao recurso seja dado provimento parcial. Em tal hipótese, a “decisão inferior se vê substituída em parte por outra de igual conteúdo e em parte por outra de conteúdo diferente”.²⁴

Por outro lado, verificar-se-á o efeito substitutivo parcial em dois casos: (a) deduzido recurso parcial (art. 1.005), o que implica preclusão no tocante ao capítulo alheio à impugnação, por força da limitação do art. 1.013, § 1.º, *in fine*, e do art. 1.034, parágrafo único, hipótese prevista no art. 1.008, *in fine*, segundo o qual a substituição sucederá “no que houver sido objeto de recurso”; (b) interposto recurso total, o órgão *ad quem* só o conhece em parte. Reformada a decisão originária, nesse último caso, o pronunciamento do órgão *ad quem* se engasta na decisão impugnada, “de modo que com ela faça corpo, segundo os princípios da contradição e de terceiro excluído”.²⁵

Da substituição parcial resulta que os julgamentos sucessivos formam conjunto de estrutura complexa, em que “cada um deles representará parcela do todo”.²⁶ E, conforme estabelece o art. 966, § 3.º, a rescisória pode ter por objeto apenas um desses capítulos. Por sinal, admitem-se substituições sucessivas, no todo ou em parte: a sentença que acolheu o pedido foi reformada pelo tribunal, na apelação, e o acórdão, por sua vez, reformado em recurso especial. Costuma-se

24 José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, n.º 223, p. 339. No mesmo sentido, Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 7, p. 169.

25 Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 7, p. 161.

26 José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, n.º 223, p. 399.

dizer que o último acórdão “restaurou” a sentença, porque o conteúdo dos pronunciamentos coincide, mas a linguagem não se caracteriza pelo apuro técnico: a decisão de primeiro grau não ressuscita com a reforma da que a reformara”.²⁷

O objeto da substituição, nos recursos especial e extraordinário, recairá sobre a questão federal ou constitucional julgada.²⁸ Não há particularidades dignas de registro, encarando-se os recursos isoladamente. No entanto, o mesmo capítulo do provimento impugnado poderá exibir fundamentos constitucional e infraconstitucional, ambos suficientes para, autonomamente, manter a resolução. Neste caso, o efeito substitutivo opera-se, em virtude da cisão do julgamento entre o STF e o STJ, após o conhecimento do segundo recurso. Em outras palavras, “provido o primeiro recurso e conhecido o segundo recurso, aí sim, haverá a substituição, ainda que improvido este último, exatamente porque a substituição ocorre tanto quando provido quanto quando improvido o recurso”.²⁹

A rigor dos princípios, incumbirá ao STJ e ao STF, conforme o caso, processar e julgar a rescisória relativamente à parte (capítulo) objeto dos recursos especial e extraordinário, uma vez (a) conhecidos os recursos e (b) não sendo o caso de invalidação do provimento originário por *error in procedendo*. Conforme julgado do STJ, a Corte “não detém competência para apreciação de ação rescisória quando não proferiu nenhum pronunciamento a respeito do mérito da demanda rescidenda”, a exemplo do desprovimento do agravo do art. 1.042, porque o acórdão impugnado por recurso especial seguira a jurisprudência prevacente no tribunal superior (Súmula do STJ, n.º 83).³⁰ Admissíveis que sejam a substituição sucessiva e a substituição parcial, há pouco explicadas, o objeto virtual da ação rescisão talvez se divida em três partes: sentença, acórdão do TJ ou

do TRF e acórdão do STJ. E cada um deles, reza o art. 966, § 3.º, revela-se passível de rescisão independentemente do(s) outro(s). Um exemplo simples ilustra a possibilidade: o autor *A* pleiteia do réu *B* as verbas *X*, *Y* e *Z*; a sentença condena o réu a pagar *X*; interposta apelação para obter *Y* e *Z*, o TJ concede *Y*, mas nega *Z*; e o persistente autor *A* interpõe recurso especial, provido para conceder-lhe *Z*. Ao deduzir sua pretensão à rescisão, o vencido réu *B* atacará as seguintes partes: (a) a sentença, quanto a *X*; (b) o acórdão do TJ, quanto a *Y*; (c) e o acórdão do STJ, quanto a *Z*.

Em tema de competência, poder-se-ia conceber a rescisão das partes (a) e (b) perante o TJ – a rescisão de sentença transitada em julgado no primeiro é de competência, nada obstante, do órgão *ad quem* – e a da parte (c) perante o STJ. O art. 966, § 3.º, até sugere essa repartição. Por conseguinte, e voltando ao exemplo ministrado, o vencido réu *B* haveria de propor duas rescisórias, uma no TJ, outra no STJ, independentemente da circunstância de ambas basearem-se em idêntica causa de rescisão, inclusive, *v.g.*, no caso do art. 966, II, 2.ª parte, em virtude de vício debitado unicamente à errônea escolha do juízo de primeiro grau.

No entanto, o STJ entende que, pretendendo-se a rescisão da parte do mérito julgada no recurso especial (no exemplo ministrado, a verba *Z*), dilata-se a competência do tribunal superior para as demais partes (*X* e *Y*). Em certo julgado, firmou a regra nos seguintes termos: “Se o acórdão rescindendo decidiu parte do mérito da causa, é competente o STJ para apreciar e julgar o pedido rescisório, mesmo que seu objeto envolva matéria além daquela por ele apreciada”.³¹ À luz da ampliação do objeto da rescisão, envolvendo, a teor do art. 966, § 2.º, I e II, o (a) impedimento à nova propositura da demanda e (b) a admissibilidade do recurso correspondente, aplicar-se-á, *mutatis*

27 Idem, ob. cit., n.º 222, p. 399.

28 José Henrique Mouta Araújo, Notas sobre o efeito substitutivo e seu reflexo na ação rescisória, n.º 3, pp. 20-23.

29 José Theophilo Fleury, **Recursos especial e extraordinário**, n.º 7.1, p. 230.

30 2.ª S. do STJ, AgRg no AR 5.604-MS, 09.09.2015, Rel. Min. Moura Ribeiro, *DJE* 16.09.2015.

31 2.ª S. do STJ, AR 2.895-SP, 11.05.2005, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJU* 29.08.2005, p. 144. No mesmo sentido, 2.ª S. do STJ, AR 386-SP, 12.09.2001, Rel. Min. Barros Monteiro, *RJSTJ*, 157/233. Em outro precedente (2.ª S. do STJ, AgRg 1.115-SP, 11.06.2003, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJU* 19.12.2003, p. 310), rezou a ementa: “Havendo decidido parte do mérito da causa, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, na integralidade, a ação rescisória subsequente, ainda que o respectivo objeto se estenda a tópicos que ele não decidiu”.

mutandis, idêntica diretriz.

Embora criticável a orientação, aliás proveniente do STF,³² seja porque a independência dos capítulos (e apenas um deles pode ser objeto da rescisão, a teor do art. 966, § 3.º) pré-exclui conexão e prejudicialidade, seja porque a competência em razão da matéria, qual a da rescisória, é absoluta e improrrogável (art. 54),³³ descansa em razões práticas, evitando dúvidas das partes e a multiplicidade de rescisórias.

Retornando ao exemplo ministrado, se o vencido réu *B* pretender rescindir unicamente *X* e *Y*, porque, *v.g.*, só quanto a tais partes ocorreu manifesta violação da norma jurídica (art. 966, V), a competência para a (única) ação rescisória será do TJ, por força da Súmula do STF, n.º 515.³⁴ Decidiu o STJ: “Se a matéria versada na ação rescisória não foi apreciada pela decisão rescindenda, mas apenas do Tribunal de origem, tem aplicação ao caso, por analogia, a Súmula 515 do Supremo Tribunal Federal”.³⁵

E há outro pormenor digno de consideração. Reza a Súmula do STF, n.º 249: “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento a agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida”. Logo salta à vista a contradição do enunciado,³⁶ pois se o STF apreciou a questão federal controvertida – anteriormente à CF/1988, o STF era encarregado de uniformizar o direito federal –, julgou o mérito do recurso. Esse problema decorria da má técnica do julgamento do recurso extraordinário, amparado no art. 102, III, *a*, da CF/1988, formalmente dele não conhecendo, nada obstante se declarasse inexistente

32 Pleno do STF, AR 1.006-MG, 08.09.1977, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ/STF*, 86/67.

33 Flávio Luiz Yarshell, **Ação rescisória**, n.º 86, p. 278.

34 Súmula do STF, n.º 515: “A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório”.

35 2.ª S. do STJ, AgRg no AR 4.320-RS, 28.11.2012, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, *DJU* 04.12.2012.

36 José Carlos Barbosa Moreira, **O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis**, n.º 24, p. 30.

a (alegada) infração.³⁷ Posteriormente, o STF alterou essa técnica, passando a distinguir entre o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, para o qual é suficiente que o recorrente “alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de disposição da Constituição nele prequestionado”, e o juízo de mérito, “que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal *a quo* e o recurso extraordinário”.³⁸

Embora dotada de proposições contraditórias, a Súmula do STF, n.º 249, no ângulo prático, equaciona o problema de competência na rescisória satisfatoriamente. E há outro dado a considerar. A errônea técnica de julgamento do recurso extraordinário fundado na contrariedade a norma constitucional (art. 102, III, *a*, da CF/1988) transferiu-se para o julgamento do recurso especial no caso de contrariedade a tratado, lei federal ou negativa da respectiva vigência (art. 105, III, *a*, da CF/1988). Desse modo, imperiosa a aplicação da mesma tese jurídica. E nesse sentido decidiu o STJ: “O *decisum* rescindendo, muito embora não tenha conhecido do Recurso Especial, enfrentou o mérito da controvérsia ao afirmar a inadmissibilidade do recorrente, aqui autor, de adquirir o imóvel funcional, citando, inclusive jurisprudência desta egrégia Corte Superior; assim, incide a Súmula 249 do STF”.³⁹

Essas questões apresentavam relevantes repercussões na definição do tribunal competente para processar e julgar a rescisória. É ônus do autor da rescisória individualizar corretamente a decisão rescindenda e, conseqüentemente, propor a rescisória no tribunal competente. Assim, e voltando ao exemplo ministrado, se o vencido réu *B* pretende rescindir a condenação nas verbas *X* e *Y*, competente é o TJ (ou, *a fortiori*, o TRF); ao invés, pretendendo rescindir a condenação só na

37 Idem, **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 5, n.º 366, p. 633.

38 Pleno do STF, RE 298.694-SP, 06.08.2003, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *RTJ/STF*, 192/292.

39 1.ª S. do STJ, AR 4.530-DF, 12.12.2012, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJE* 05.02.2013. No mesmo sentido, 2.ª S. do STJ, AR 2.845-RS, 14.09.2011, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJE* 14.12.2011.

verba Z, ou das verbas X, Y e Z, por causa comum à verba Z (*v.g.*, a incompetência absoluta do juízo de primeiro grau, a teor do art. 966, II, 2.^a parte), competente é o STJ. Impende investigar, todavia, o equívoco do autor no endereçamento da petição inicial.

3. EQUÍVOCO NO ENDEREÇAMENTO DA RESCISÓRIA

Como realçado no item anterior, constitui ônus do autor individualizar corretamente a decisão rescindenda, ocorrendo efeito substitutivo parcial e sucessivo. Nada mais comum do que equívocos no endereçamento da petição inicial.

Pode acontecer de o vencido réu B mover ação rescisória contra o vencedor autor A, pretender rescindir: (a) a condenação na verba X, objeto da sentença de primeiro grau não substituída pelos acórdãos posteriores, perante o STJ, porque este conheceu do recurso especial interposto quanto à verba Z; (b) a condenação na verba Z, concedida pelo STJ, mas propõe a rescisória perante o TJ ou o TRF.

Não se confunde com as hipóteses aventadas o equívoco terminológico, chamando o autor de “sentença” ao acórdão do TJ ou do TRF, quanto à verba Y, ou ao acórdão do STJ, quanto à verba Z. O erro na designação do provimento constitui simples irregularidade e não impede o julgamento do mérito da rescisória.⁴⁰

Em princípio, ocorrendo equívoco no endereçamento da rescisória, inclusive no caso de errônea individualização da decisão rescindenda, surge um problema de competência – absoluta –, e a regra geral (art. 64, § 3.º) consiste na remessa da causa pelo juízo incompetente ao juízo competente. Entretanto, prevaleceu, no direito anterior, a radical tese da extinção do processo.⁴¹ Segundo o STJ, “a equivocada formulação de rescisória, em que se indicou incorretamente o acórdão passível de rescisão, enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito, não sendo possível a correção

40 3.^a T. do STJ, REsp. 744.271-DF, 06.06.2006, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJE* 19.06.2006, p. 136.

41 Alexandre Freitas Câmara, *Ação rescisória*, pp. 44-45.

do pedido inicial pelo órgão judicante”.⁴² A invés, corretamente individualizada a decisão, mas erroneamente endereçada a petição inicial, o STJ remetia o processo ao tribunal competente.⁴³ Ora, conforme a oportunidade da extinção, entrementes vencido o prazo do decadencial, atualmente previsto no art. 975, *caput*, não mais se mostraria possível ao autor renovar a pretensão perante o órgão competente. Claro está que, percebido o defeito capaz de “dificultar o julgamento do mérito”, segundo a dição do art. 321, *caput*, ao primeiro contato da inicial, cumpriria ao relator abrir o prazo de 15 (quinze) dias para o autor emendar a petição inicial, alterando o pedido e o respectivo endereçamento da petição, hipótese em que seguir-se-ia a remessa do processo ao tribunal competente. Razões variadas, contudo, conduzem à ausência desse controle, na primeira oportunidade, verificando-se o defeito apenas no julgamento – não é muito rápida, principalmente no STJ, a tramitação das rescisórias –, e, por isso, inviabilizada a correção *opportuno tempore*.

Coerente à diretriz de propiciar o julgamento do mérito (art. 4.º), sempre que possível, mediante a recíproca cooperação das partes e do tribunal (art. 6.º), o art. 968, § 5.º, imprimiu outra solução ao problema. Era a sugestão colhida no âmbito doutrinário.⁴⁴ Segundo estipula a regra, reconhecida a incompetência do tribunal perante o qual o autor propôs a rescisória, abrir-se-á prazo para o autor emendar a petição inicial, “a fim de adequar o objeto da ação rescisória”, nas seguintes situações: (a) não tiver sido apreciado o mérito e o caso não se enquadrar nas hipóteses em que decisões terminativas comportam rescisão (inciso I), a teor do art. 966, § 2.º, porque, nesses casos, lícito ao autor renovar a demanda (art. 486, *caput*); (b) a decisão individualizada tiver sido objeto de substituição por decisão posterior (inciso II), valendo, aqui, as considerações

42 2.^a T. do STJ, REsp. 1.297.878-GO, 19.06.2012, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJE* 04.09.2012.

43 1.^a S. do STJ, AgRg na AR 5.018-SP, 13.03.2013, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJE* 13.05.2013.

44 Flávio Luiz Yarshell, *Ação rescisória*, n.º 87, p. 281.

do item anterior (*retro*, 2). Flagrantemente, os casos são de erro do autor na individualização da decisão rescindenda.⁴⁵ Inexistindo erro na individualização da decisão rescindenda (*v.g.*, o réu vencido *B* pretende rescindir *X*, na rescisória contra o vencedor autor *A*, mas propõe a rescisória no STJ, cuja competência se restringe à verba *Z*), aplicar-se-á, *tout court*, o art. 64, § 3.º, *ex officio* ou a requerimento da parte, como já se entendia no direito anterior.⁴⁶

A remessa do processo do tribunal incompetente para o tribunal competente, em virtude do equívoco no endereçamento da petição inicial, pode ocorrer a qualquer momento. Convém que seja ao primeiro contato com a petição inicial, assinando-se o prazo de quinze dias previsto no art. 321, *caput*, para semelhante finalidade. Mas, nada obsta que suceda posteriormente, na ocasião do julgamento da rescisória, incidindo, todavia, o art. 968, § 5.º, I e II. A localização da regra no contexto da petição inicial não é argumento persuasivo. Dissipa qualquer dúvida, a esse respeito, o art. 968, § 6.º, autorizando o réu, de seu turno, a complementar suas razões de defesa, remetendo-se, em seguida, os autos ao tribunal competente. Fica subentendido que o relator percebeu o equívoco, no mínimo, após a contestação do réu.

4. COMPETÊNCIA INTERNA DO TRIBUNAL NA RESCISÓRIA

Falta identificar, na organização interna do tribunal, o órgão fracionário competente para processar e julgar a rescisória. Como visto, o art. 101, § 3.º, *c*, da LC 35/1979, reproduzindo o art. 801 do CPC de 1939, atribui competência à seção civil do tribunal. De acordo com as regras gerais de organização interna do tribunal, previstas no art. 101 da LC 35/1979, integram a seção as câmaras ou turmas de idêntica especialização, equivalendo, portanto, às câmaras

45 Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 3, n.º 677, p. 879.

46 José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, n.º 102, p. 177.

(ou turmas) civis reunidas. Nem sempre, entretanto, os regimentos internos cumprem a disposição. E, com efeito, a matéria é típica de regimento interno.

Exemplificativamente, o RITJRS distribui a competência entre três órgãos distintos: (*a*) órgão especial, relativamente aos seus próprios acórdãos (art. 8.º, IV, *f*, do RITJRS); (*b*) grupos cíveis, relativamente aos acórdãos das câmaras separadas que o integram e dos seus próprios julgados (art. 16, I, *a*, do RITJRS), bem como da decisão não unânime no sentido da rescisão da sentença de primeiro grau (art. 16, I, *g*, do RITJRS, na redação da ER 1/2016), atendendo, neste último caso, à ampliação do quórum da deliberação imposto no art. 942, § 3.º, I, do NCPC; (*c*) câmara isolada, relativamente às sentenças de primeiro grau (art. 19, I, *f*). Envolvendo a pretensão à rescisão provimento em que ocorreu substituição parcial – *v.g.*, na ação movida pelo autor *A* contra o réu *B*, pleiteando *X* e *Y*, a sentença condenou o réu a pagar *Y* ao autor, mas o tribunal, provendo a apelação do autor, condenou o réu também a pagar *X* –, e o vencido réu *B* pretende rescindir os dois capítulos do provimento, prorrogar-se-á a competência para o grupo cível integrado pela câmara que julgou a apelação. Assim entende o STJ, como já assinalado (*retro*, 2). E, realmente, não se afigura razoável multiplicar as rescisórias conforme os capítulos da decisão.⁴⁷

No STF, a competência para processar e julgar as rescisórias é do plenário (art. 6.º, I, *c*, do RISTF), e, no STJ, reparte-se a competência entre dois órgãos: (*a*) a corte especial, quanto aos seus próprios julgados (art. 11, V, do RISTJ); (*b*) a seção, quanto aos seus próprios julgados e os das turmas da sua área de especialização (art. 12, II, 2.ª parte, do RISTJ).

Eventual equívoco no endereçamento da petição inicial ao órgão fracionário competente do tribunal não apresentará qualquer relevo. A distribuição do feito, no âmbito do órgão fracionário competente, já corrige a irregularidade. Por sinal, no direito anterior o STJ

47 Em sentido contrário, Alexandre Freitas Câmara, *Ação rescisória*, p. 49.

já entendia que, corretamente individualizada a decisão rescindenda, mas protocolada a rescisória no tribunal incompetente, remeter-se-ia o processo ao tribunal competente,⁴⁸ orientação sem dúvida aplicável, por analogia, nos casos de equívoco no endereçamento da petição inicial ao órgão fracionário competente do próprio tribunal.

5. INTERVENÇÃO DO SUJEITO FEDERAL NA RESCISÓRIA

Não ficaria completo o panorama do problema da competência sem cogitar da intervenção de sujeito federal (*v.g.*, a União) em ação rescisória pendente na Justiça Comum. Formulada a intervenção, os autos serão remetidos ao TRF competente, a fim de apreciar o pedido de intervenção (art. 45, *caput*), a teor da Súmula do STJ, n.º 150. Mas, o art. 45, § 1.º, estabelece que inexistirá semelhante remessa havendo “pedido cuja apreciação seja de competência do juízo perante o qual foi proposta a ação”, como é o caso da rescisão de julgado da Justiça Comum, hipótese em que o pedido de interesse do sujeito federal não será julgado (art. 45, § 2.º). Essa última solução não satisfaz nos casos em que o interesse do sujeito federal é integral. Ora, o STJ entende que ocorrerá o deslocamento da competência, atendendo ao art. 109, I, da CF/1988, asseverando: “Conquanto, em princípio, ao Tribunal de Justiça caiba analisar ação rescisória intentada contra julgado proferido por juízes ou órgãos colegiados a ele vinculados, não viola a legislação federal de índole infraconstitucional a remessa dos autos à Justiça Federal para julgar o mérito da pretensão, quando ente federal tenha sido admitido na rescisória como autor, réu, assistente ou oponente”.⁴⁹

Apesar da crítica feita à orientação – o deslocamento da competência implicará o reexame do acórdão do TJ e sua eventual rescisão por tribunal diferente, o TRF –,⁵⁰ inexistente outra solução satisfatória.

48 3.ª S. do STJ, AgRg na AR 2.973-RJ, 28.10.2008, Rel. Min. Laurita Vaz, *DJE* 17.11.2009.

49 3.ª T. do STJ, REsp. 843.924-RS, 20.09.2011, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJE* 26.09.2011.

50 Alexandre Freitas Câmara, *Ação rescisória*, p. 48.

Figure-se a hipótese de o sujeito federal, invocando o art. 967, III, propor a ação rescisória, em vez de intervir como assistente na rescisória já pendente, ou alegar sua condição de parte obrigatória (art. 967, IV), mas preterida na causa originária. É irrecusável a competência originária do TRF nessas hipóteses. E nem sequer há novidade nesse entendimento, encampado pelo STF, baseado em regra subentendida, mas derivada do texto constitucional, na vigência do CPC de 1939.⁵¹

BIBLIOGRAFIA

AMERICANO, Jorge. **Estudo teórico e prático da ação rescisória dos julgados no direito brasileiro**. 3.ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1936.

ANDRADE, Odilon. **Comentários ao código de processo civil**. V. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al Codice di Procedura Civile**. 3.ª Ed. Nápoles: Jovene, 1961.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Notas sobre o efeito substitutivo do recurso e seu reflexo na ação rescisória. **Revista de Processo**. V. 145. São Paulo: RT, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 5. 15.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis**. Rio de Janeiro: (s.n.), 1968.

BRAUN, Johann. **Lerbuch des Zivilprozessrechts – Erkenntnisverfahren**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

BUTERA, Antonio. **La rivocazione delle sentenze civile**. Turim: UTET, 1936.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação rescisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. **Da ação rescisória das sentenças e julgados**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

FERREIRA FILHO, Manoel. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 7. São Paulo: RT, 2000.

GARSONNET, Eugène; CÉZAR-BRU, Charles. **Traité théorique et pratique de procédure civile**. V. 6. 2.ª Ed. Paris: LGDJ, 1902.

GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. **Procédure civile**. 29.ª Ed. Paris: Dalloz, 2008.

FLEURY, José Theophilo. **Recursos especial e extraordinário**. Curitiba: Juruá, 2007.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Manual dos recursos cíveis**. 3.ª Ed. Curitiba: Juruá, 2006.

51 Odilon de Andrade, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 9, pp. 90-94.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6.^a ed. São Paulo: RT, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cohen, 1947.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 7. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

RODRIGUES NETTO, Nelson. **Recursos no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56.^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. **Da ação rescisória dos julgados**. São Paulo: Saraiva, 1948.

YARSHELL, Flávio. **Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005.

A RESPONSABILIDADE CIVIL E A INFLUÊNCIA DA “CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA” NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (LEI Nº 13.105/15)

Caroline Vaz¹

SUMÁRIO: 1. Interdisciplinaridade Jurídica. 2. Responsabilidade civil no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. 3. O CPC de 2015 e a carga dinâmica do ônus da prova. 4. Considerações finais.

1. INTERDISCIPLINARIDADE JURÍDICA.

Não é recente na doutrina a defesa de um estudo interdisciplinar do Direito para fins de uma análise e aplicação mais eficaz, com a consequente solução de conflitos. Nesse sentido, Bobbio afirma que

os problemas principais a serem enfrentados são as questões da unidade – saber se as inúmeras normas jurídicas que compõem um ordenamento constituem uma unidade – , da sistematicidade – saber se o ordenamento jurídico constitui, além de uma unidade, também um sistema, e por conta deste desafio é que o autor se debruçará sobre o problema das antinomias jurídicas – e, por último da completude – saber se todo ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente sistemático, também pode ser completo (BOBBIO, 1995, p.34-35).²

Portanto, imprescindível para superação de aparentes contradições do Direito posto, um cotejo entre as diferentes normas que incidem sobre uma mesma situação.

No que concerne à Responsabilidade Civil, o desenvolvimento

¹ Promotora de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. Doutora em Direito pela Universidade de Zaragoza-Espanha. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do RS (PUCRS), Palestrante da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).

² BOBBIO, Norberto. A teoria do ordenamento jurídico. In: *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

da matéria ao longo da história é exemplo do quanto alguns institutos passam por transformações decorrentes da mudança de outros, sejam dentro de mesmo sistema, no caso de Direito Civil, sejam por sistemas externos, como o Processo Civil e até mesmo externos ao Direito, como a Sociologia.

Hodiernamente, ao objetivo tradicional do Direito, de pacificação social, desde o século passado soma-se uma função promocional do ordenamento jurídico no redimensionamento da atuação estatal, preconizada por Bobbio. Tal função consiste na produção de normas de organização com as quais o Estado regula as próprias atividades fiscalizadoras e produtoras, conferindo às sanções um aspecto positivo, ou seja, premiador de condutas desejáveis.

Assim, nas palavras do autor

as sanções positivas acabam implicando o reconhecimento de que o Estado com a função promocional desenvolve formas de poder ainda mais amplas que o Estado protetor. Isto é, ao prometer, via subsídios, incentivos e isenções, ele substitui, como disse, o mercado e a sociedade no modo de “controlar” o comportamento.³

Nesse sentido, tem-se a ordem jurídica também como um instrumento de gestão e planejamento do Estado para a inserção na ordem econômica global, nas suas mais diversas searas. É com essa visão e foco que se contextualiza a responsabilidade civil num contexto contemporâneo, de constantes desafios e complexidades decorrentes de novos paradigmas impostos pelo convívio social, como ocorreu com o reconhecimento da necessidade de normas específicas para a defesa dos consumidores.

O tema, que é tratado pelo Direito Civil, mas também pelo microssistema consumerista⁴, tem algumas nuances que o diferencia de acordo com os agentes que compõem a relação jurídica. Quanto às normas do CDC, Lei nº 8078/90, refere Cláudia Lima Marques:

3 BOBBIO, Norberto. *La Funzione Promozionale del Diritto*. In: Bobbio: *Dalla Struttura alla Funzione*. Milano: Edizione di Comunità, 1977, p.13-32.

4

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei de função social, traz normas de direito privado, mas de ordem pública (direito privado indisponível), e normas de direito público. (...) Mister é, pois, analisar o CDC como sistema, como contexto construído, codificado, organizado, de identificação do sujeito beneficiado. Como é um pequeno sistema, especial, subjetivamente, e geral, materialmente, utilizaremos aqui a expressão de Natalino Irti, microssistema, para o descrever.⁵

A matéria de defesa do consumidor, positivada como Direito Fundamental na Constituição Federal criou, portanto, segundo prestigiados juristas, um microssistema no ordenamento vigente. Para Sanseverino, citando Clóvis do Couto e Silva e Judith Martins-Costa, “o Código de Defesa do Consumidor constitui um microssistema normativo, que se insere dentro do ordenamento jurídico brasileiro como um todo e, particularmente, no interior do sistema de direito privado, que tem como eixo central o Código Civil”⁶.

Possivelmente o instituto mais buscado pela sociedade para satisfação de seus interesses, via Poder Judiciário, seja mesmo a reparação e a compensação civil de danos injustos que lhe foram causados, daí sua relevância em todas as dimensões, inclusive nas interfaces de direito material e processual.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

O tema da responsabilidade civil é paradigma de interdisciplinaridade não só pelo “diálogo das fontes”, conforme estabelece o artigo 7º do CDC (Lei 8.078/90), que aproxima o sistema do Código Civil ao do Código de Defesa do Consumidor, mas também pelas peculiaridades que os diferenciam.

Apesar de estarem presentes os requisitos conduta, nexo e

5 BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA; Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009, p.47.

6 (SANSEVERINO, 2010, p.80). Clóvis V. do Couto e Silva, *o Direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro* AJURIS, Porto Alegre, v. 14, n.40, jul.1987, p.149; Martins-Costa, op.cit., 1999, p.180; Fabio Siebeneichler de Andrade, *Da codificação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1997, p.153.

dano, no que tange ao fator de incidência da responsabilidade civil, o Código de 1916⁷ e o de 2002⁸ trazem a culpa como sendo a regra, ainda que o Código Civil de 2002 inove em relação ao anterior. Isto porque aborda em seu art. 927, parágrafo único, a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Ou seja, as teorias do risco-proveito, do risco-criado e a idéia de garantia, como preleciona Facchini⁹.

Pela teoria do risco-proveito, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo – *ubi emolumentum, ibi onus*¹⁰.

Para a teoria do risco-criado, sendo um de seus principais adeptos o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira¹¹, “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo”.

Já a idéia de garantia¹² é utilizada quando, por exemplo, o autor direto do dano é desprovido de bens ou renda, esclarece Facchini¹³. Ou seja, continua ele,

7 Código Civil 1916 (Lei nº 3071/16). **Art. 159.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

8 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

9 FACCHINI Neto, Eugênio. *Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo código*. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 309, jul. 2003. p. 24.

10 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 144.

11 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 24.

12 FACCHINI NETO, 2003, *Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo código*. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 309, jul. 2003. p. 25. Ressalta Eugênio Facchini Neto que uma idéia, a qual transita sob a mesma denominação, porém com configuração distinta, foi formulada por B.Starck. Diz ele que todos possuem direito à vida e à integridade corporal, da mesma forma que tem direito à integridade material dos bens que lhe pertencem. Existindo esses direitos subjetivos, “eles devem ser protegidos e garantidos pelo Direito (Objetivo)”.

13 Ibid. p.25.

(...) o legislador ao responsabilizar os pais pelos atos de seus filhos menores, teria visado a assegurar às vítimas a efetivação de seu direito à indenização dos prejuízos injustamente sofridos, direito este que seria comprometido se dependesse unicamente da solvibilidade do autor direto do ato danoso.

E assim, a responsabilidade civil objetiva, já adotada no direito administrativo, ambiental, dentre outros ramos, passou a integrar o texto do código civil em diversas situações¹⁴.

Tão importante quanto essas legislações, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº8078/90, ao contrário do Código Civil, traz a responsabilidade civil objetiva do fornecedor como regra, seja pelo fato do produto ou serviço, artigo 12 a 14, seja a responsabilidade civil pelo vício do produto ou serviço. Isto porque, ao proteger uma relação que envolve partes substancialmente diferentes em razão de suas capacidades intelectuais, econômicas e sociais, o microsistema consumerista buscou trazer normas que equilibrem a relação.

Se outrora a responsabilidade civil era predominantemente subjetiva, trazendo como requisitos a conduta, o dano, o nexo de causalidade e a culpa, a partir do CDC em 1990 e da entrada do novo código civil de 2002 (Lei nº 10.406/02), percebe-se um avanço cada vez maior do fator de incidência risco, ficando a culpa, embora ainda sendo a regra no Código Civil, cada vez menos prestigiada para o reconhecimento da responsabilidade pela indenização ou compensação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, respectivamente.

Nesse toar, aspecto relevante para o deslinde dos conflitos entre autores e vítimas dos referidos danos, é o ônus, a carga probatória para que, dentro do processo de ressarcimento de danos e eventual compensação também, possa se estabelecer, ou não, a responsabilização civil.

Não há, pois, como dissociar os sistemas de direito material e processual para que as relações jurídicas que aportam ao sistema

14 Vide artigos 931, 932, 933

judicial envolvendo danos sejam plenamente solucionadas. Daí a necessidade de se observar algumas mudanças do Código de Processo Civil, Lei 13.105/15, especialmente no que diz respeito ao aspecto probatório dos fatos suscitado pelas partes, autor do dano e vítima.

3. O CPC DE 2015 E A CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil surgiram novas reflexões sobre diversos aspectos inovadores do sistema processual. Dentro da perspectiva da interdisciplinaridade, merece consideração quanto à responsabilidade civil, a distribuição do ônus probatório para a conclusão quando ao dever de indenizar ou compensar os danos alegados pelas vítimas.

De modo geral, o diploma processual estabelece em seu artigo 369: “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz¹⁵”.

A novidade sobre o tema reside no que a doutrina doravante chamou de “distribuição dinâmica” do ônus da prova, calcada na redação do art.373 do CPC:

Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição

15 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo¹⁶.

Ou seja, constata-se que o Juiz incumbe o *onus probandi* à parte que, no caso concreto, esteja em melhores condições de produzi-la, ou seja, possa fazê-lo com menos despesas, maior celeridade, maior eficiência, ainda que os fatos tenham sido alegados pela parte contrária.

Dinâmica, posto que não está atrelada a pressupostos prévios e abstratos, desprezando regras estáticas, para considerar a dinâmica – fática, axiológica e normativa – presente no caso concreto, a ser explorada pelos operadores jurídicos (intérpretes).

Segundo o argentino Jorge W. Peyrano, considerado responsável pela sistematização da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova:

La llamada doctrina de las cargas probatorias puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que como norma reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso en cuyo merito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien esta en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, mas allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos o modificativos o extintivos¹⁷.

Dessa forma conceituada, a teoria pressupõe uma visão cooperativa e isonômica do processo civil, visando a promover a igualdade, em sentido material, das partes, fundamentando-se também nos deveres de lealdade, boa-fé e de colaboração das partes no processo civil.

É nesse sentido que surgiram as dúvidas acerca de qual

16 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

17 Peyrano, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas, E.D. 153, págs. 968 y ss.; “Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo”, J.A. 1993-III- 738 y ss. p. 19 e 20.

regramento se aplicar aos casos em que a responsabilidade civil fosse o direito material colocado em pauta.

Do ponto de vista das relações de direito civil, onde os agentes, autor do dano e vítima, estão em “paridade de armas” para litigar, parece que não há qualquer dúvida acerca da possibilidade de o Magistrado, adotando os critérios mencionados no referido artigo 373, possa decidir fundamentadamente, de acordo com o caso concreto, a quem incumbirá o dever de produzir prova.

Nos parágrafos 3º e 4º do artigo em comento mantém-se a distribuição tradicional do ônus da prova, sendo que o §3º, o qual trata da convenção entre as partes, ressalta que esta não recaia sobre direito indisponível da parte ou que não torne excessivamente onerosa sua produção, enquanto o §4º informa o momento em que essa convenção pode ocorrer, antes ou durante o processo.

A alteração mais significativa ocorre mesmo, conforme Cassio Scarpinella Bueno, nos §§1º e 2º do artigo 373 os quais:

inovam ao admitir e disciplinar expressamente os casos em que o poder de modificação (legal ou judicial) das regras constantes dos incisos e caput. O §1º deixa claro que deve haver decisão judicial prévia que determine a modificação e que crie condições para que a parte efetivamente se desincumba do ônus respectivo, com as condicionantes do §2º, que veda o que usualmente é conhecido como prova diabólica, isto é, aquela impossível ou excessivamente difícil para uma das partes (a prova negativa de uma fato inespecífico, como, por exemplo, nunca ter estado em um determinado lugar)¹⁸.

Quanto a esse aspecto da prova diabólica, aliás, Fredie Didier Junior já alertava quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973:

nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído — em muitos casos, por exemplo, veem-se diante de prova diabólica. E não havendo elementos suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por

18 Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 2ª Ed.rev., atualizada e ampliada—São Paulo: Saraiva, 2016.p.350.

proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento). É por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus da prova atrofia nosso sistema e sua aplicação inflexível pode levar a resultados injustos¹⁹.

Foram criadas, portanto, técnicas processuais para contornar esse problema e trazer às partes a uma situação de maior igualdade. Por primeiro a inversão do ônus da prova, que atende ao ditame constitucional de igualdade material no processo. Nesse mesmo sentido, o CPC de 2015 trouxe a técnica processual de distribuição dinâmica do ônus da prova, com a preocupação de atribuir o ônus àquela parte que detenha a melhor condição de produzir a prova da alegação diante do caso concreto e do direito material posto em debate.

Certo é que essa mudança legislativa interfere diretamente no próprio procedimento, aplicando o modelo de processo cooperativo que o novo diploma processual preconiza²⁰, uma vez que pode o Magistrado, de acordo com a percepção acerca de quem deverá produzir a prova, mudar o rumo do procedimento desde o início do processo.

Essa intenção do legislador não é exatamente nova no Brasil. No que tange às relações de consumo a possibilidade de inversão *ope legis* ou *ope judicis* do ônus da prova esta positivada desde 1990, motivo pelo qual não se percebem tão veementes os referidos efeitos do CPC de 2015. A inversão do ônus da prova segundo a Lei 8.078/90 pode decorrer dela mesma (*ope legis*), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (*ope judicis*) versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC), consoante arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC.

A distribuição do ônus da prova, estabelecida pelo diploma processual, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz

19 Didier Junior, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Edições Podium, 2006, p. 525.

20 Art. 6º do CPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

(aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo).

Assim, quanto à inversão do ônus da prova no CDC, questionado inicialmente eventual conflito entre as normas do artigo 6º, inciso VIII, dentre outros e o §1º do art.373, do CPC, percebe-se que este diploma abarca exatamente as situações já estabelecidas naquele, com requisitos diferentes.

Ao tratar do ônus da prova no §1º, do art. 373, o Código de Processo Civil estabelece: “(...) § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada,(...)”. Ou seja, um dos casos previstos em lei é exatamente o da Lei nº 8078/90, que traz como direito básico do consumidor a possibilidade de “facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.²¹

Não se pode olvidar, neste caso (art.6, VIII, CDC), da necessidade da presença dos requisitos da verossimilhança, significa dizer da veracidade da alegação, aparência de verdade do direito alegado, ou, alternativamente, da hipossuficiência, ter um dos polos mais fraco, débil técnica, social ou cognitivamente.

Daí se exclui o conflito de normas, diria sequer aparente, já que o CPC faz alusão exatamente a situações previstas em lei, como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor, para que se possa aplicar a técnica da “carga dinâmica do ônus probatório”.

21 Lei nº 8078/90: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (...)”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm

Sendo assim, o iter processual para a responsabilização civil nas relações de consumo, quando judicializadas, continuará sofrendo a incidência da lei especial (nº 8078/90), a qual protege de forma integral os direitos do consumidor, sendo, contudo, necessária a prova da hipossuficiência ou verossimilhança no caso do art.6,VIII, de modo a propiciar que ao fornecedor, quando se tratar de vício ou fato do produto ou serviço seja instado a produzir a prova necessária para se eximir de sua responsabilidade, que é objetiva, em relação ao consumidor.

Aliás, até mesmo na esfera extrajudicial durante, por exemplo, o inquérito civil, previsto na Lei nº 7.347/85 (art.8º a 10)²², é possível vislumbrar-se a inversão do ônus, ou seja, incumbindo ao fornecedor investigado a prova de que não colocou o produto no mercado (art. 12, § 3º, I), ou que mesmo tendo colocado o produto no mercado ou fornecido o serviço, não existe o defeito apontado (art. 12, § 3º, II e 14, § 3º, I), ou ainda, que o dano decorrente se deu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 12, § 3º, III e 14, § 3º, II).

No que diz respeito aos comerciantes vale lembrar que estes serão igualmente responsáveis quando o fornecedor (fabricante, construtor, produtor ou importador) não puder ser identificado ou quando no produto fornecido não for possível identificar com

22 Lei nº 7347/85: “Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. § 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los. Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente. § 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público. § 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legítimas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação. § 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento. § 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.”Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm

clareza seu fornecedor ou ainda, nos casos de produtos perecíveis, na hipótese de não os conservar de forma adequada (art. 13, I, II e III, da lei 8.078/90), além de que em havendo mais de um causador do dano, todos responderão solidariamente a teor do que dispõe o art. 7º, § único e o art. 25, § 1º, da Lei 8078/90 cabendo ao consumidor escolher se demanda o fornecedor mediato, imediato ou todos envolvidos na cadeia de produção/circulação, cabendo a denúncia à lide (art. 88, da lei 8.078/90).

Se diante do caso concreto, o que dificilmente ocorrerá em se tratando de relação de consumo, ainda que não haja a presença dos requisitos para a inversão do ônus da prova, parece que pelo art. 7º da lei consumerista, denominado “diálogo das fontes”, poder-se-ia ainda aplicar o art. 373, § 1º do CPC visando a fundamentar a distribuição dinâmica do ônus probatório. Remanesce a estática (“o ônus incumbe a quem alega”) para as relações onde exista efetivo equilíbrio, igualmente material, entre as partes da relação processual.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetividade da responsabilidade civil nas relações de direito civil ou de consumo estão diretamente impactadas pelo “novo Código de Processo Civil”, uma vez que se ampliam as possibilidades de inversão do ônus da prova, trazendo para os sujeitos da relação processual a possibilidade de convencionar acerca do ônus probatório e, independentemente dos sujeitos, da distribuição se dar pelo Poder Judiciário, quando vislumbrar o caso concreto e o direito material posto, de acordo com os parágrafos do artigo 373 da Lei nº 13.105/15.

Trata-se de visível influência dos princípios constitucionais que incidem tanto nas relações de direito material, como também processual e, mais detidamente agora, da principiologia do diploma processual civil estabelecida entre os artigos 1º e 11 deste, especialmente o princípio da cooperação das partes.²³

23 Lei 13.105/15. Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os

Com efeito, percebe-se que nas relações de direito civil para haver a responsabilidade do autor do dano, seja na responsabilidade contratual ou extracontratual, poderá ser chamado à produção da prova a parte que o Magistrado entender como mais apta para tanto, do ponto de vista técnico, social, cognitivo, etc, analisando o caso concreto. E, em se tratando de responsabilidade civil pelo fato ou vício do produto ou serviço do CDC, alargam-se as possibilidades de proteção ao direito das partes, especialmente do consumidor. Isto porque quando não presentes os requisitos da inversão “ope judicis”, que é direito básico, insculpido no art. 6º, inciso VIII, dos consumidores, parece perfeitamente possível invocar o § 1º, do art. 373, do CPC de 2015, já que estabelece requisitos mais brandos, fulcrado na efetivação dos princípios processuais civis vigentes, sobretudo da cooperação e isonomia material dentro do processo.

Dessa forma, o estudo interdisciplinar do Direito demonstra a necessidade de adequações e interpretações permanentes dos institutos não só internamente, de acordo com as regras e princípios que o formam, mas também de acordo com as regras e princípios de outros

valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei. Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I – à tutela provisória de urgência; II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III – à decisão prevista no art. 701. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

sistemas que interagem entre si, para o fim de solução de conflitos e pacificação. Mais do que isso, ao longo da história do Direito e mais recentemente no Século XXI, com o dinamismo da sociedade e as mudanças culturais, científicas, econômicas, essa perspectiva de estudo em temas como a Responsabilidade Civil deve ser cada vez mais ampla, a fim de que sejam contemplados todos os aspectos necessários para a realização da melhor prestação jurisdicional possível.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. A teoria do ordenamento jurídico. In: *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *La Funzione Promozionale del Diritto*. In: Bobbio: *Dalla Struttura alla Funzione*. Milano: Edizione di Comunità, 1977, p.13-32.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA; Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

MARQUES, Cláudia Lima; Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

Bueno, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª Ed.rev., atualizada e ampliada-São Paulo: Saraiva, 2016.

Cavaliere Filho, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Clóvis V. do Couto e Silva, *o Direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro* AJURIS, Porto Alegre, v.14,n.40, jul.1987, p.149;Martins-Costa, op.cit., 1999, p.180; Fabio Siebeneichler de Andrade, *Da codificação*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1997, p.153. In: Sanseverino, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor, Saraiva, 2010.

Didier Junior, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Edições Podium, 2006.

Facchini Neto, Eugênio. *Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo código*. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 309, jul. 2003.

Neves, Daniel Amorim Asumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. Editora Podium, 2016.

Pereira, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

Peyrano, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas, E.D. 153, págs. 968 y ss.; “Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo”, J.A. 1993-III- 738 y ss.

O INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Cristina Stringari Pasqual.¹

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais. 2. O Procedimento da Desconsideração no Direito Brasileiro. 2.1. A Previsão Legislativa anterior à Lei 13.105/2015. 2.2. O Incidente da desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código de Processo Civil. 3. A Desconsideração da Personalidade Jurídica nas Relações de Consumo. 3.1. O artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor e a aplicação da Teoria Menor. 3.2. A inaplicabilidade do incidente da desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo. 5. Considerações Finais.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica teve sua origem no século XIX no Direito da *Common Law*, em especial na Inglaterra com o caso conhecido como Salomon *versus* Salomon Co, em 1897.² Já o Direito da *Civil Law* acolheu este instituto após a sistematização elaborada pelo germânico Rolf Serick ao admitir responsabilizar-se os sócios e administradores pelas obrigações assumidas pela sociedade, quando houver abuso ou fraude no exercício da atividade societária.³

No Brasil, ano de 1968, o jurista brasileiro Rubens Requião⁴ proferiu palestra sobre o tema introduzindo-o em nosso país o instituto como teoria, sem qualquer positivação, o que persistiu até o ano

1 Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), Advogada.

2 OLIVEIRA, Lamartine Corrêa. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 456.

3 SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las Sociedades Mercantiles: El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Traducción y comentarios de Derecho Español Jose Ouig Britau. Barcelona: Ariel, 1958.

4 REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), *Revista dos Tribunais*, vol. 410, ano 58, dez. 1969, p. 12-24

de 1990 quando então o Código de Defesa do Consumidor trouxe disciplina legal a ser aplicada exclusivamente às relações de consumo.

Posteriormente, outras legislações passaram a tratar do tema, como a Lei Antitruste, regulando o instituto em seu artigo 18, a Lei de Crimes Ambientais, disciplinando a matéria em seu artigo 4º e, ainda mais recentemente, a Lei 12.846 de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção, a qual estabeleceu em seu artigo 14, hipótese de desconsideração da personalidade jurídica.

Apesar da previsão constante em tais diplomas representarem uma grande inovação no Direito brasileiro, identificava-se a necessidade de uma norma geral sobre o tema, uma disciplina legal que retratasse o que já havia sido consagrado pela doutrina e vinha sendo aplicado pelas decisões judiciais⁵, estabelecendo assim quando seria possível afastar-se o véu da pessoa jurídica e assim atingir o patrimônio de seus sócios.

Nesse diapasão foi aprovado o Código Civil de 2002, o qual em seu artigo 50 trouxe o reconhecimento expresso do direito da parte interessada ou o Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, requerer a desconsideração da personalidade jurídica nos casos de “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial”.

Apesar do avanço do tema no âmbito do direito material, a carência de um regramento processual persistia, de sorte que apesar de os incidentes processuais sobre tal matéria serem processados, constantemente identificavam-se divergências jurisprudenciais quanto ao procedimento a ser adotado, ou seja, se seria necessário um processo de conhecimento, autônomo ou se estaria autorizada a aplicação do instituto incidentalmente, na fase executiva.

Com a entrada em vigor da Lei 13.105 de 16/03/2015, todavia, tal dificuldade foi superada e as dúvidas aparentemente

5 ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código Civil. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 69.

afastadas, pois o Título III do referido diploma legislativo ao tratar – “Da Intervenção de Terceiros” – trouxe no Capítulo IV, artigo 133 ao 137, a tipificação do procedimento denominado de Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, estabelecendo a necessidade de instauração de um procedimento incidental para averiguar se os pressupostos para o afastamento do véu da pessoa jurídica efetivamente estão presentes no caso concreto.

Apesar de a alteração legislativa ter sido muito bem recepcionada pelos operadores do Direito, pois trouxe a garantia do contraditório e da ampla defesa aos diretamente atingidos pelo requerimento da desconsideração; como toda nova lei, alguns questionamentos se apresentam.⁶

No âmbito das relações de consumo, haja vista a especialidade da norma e, em matéria de desconsideração em razão da amplitude das hipóteses de sua consagração referida no artigo 28, uma dúvida em especial se manifesta.

Conforme se depreende do artigo 28 do diploma consumerista o direito do consumidor de requerer a desconsideração não se restringe à hipótese geral de abuso da personalidade jurídica, referindo o dispositivo, de forma expressa em seu §5º, que a desconsideração poderá também ser requerida quando “sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Nesse sentido surge um questionamento a ser respondido.

Se prevê o diploma consumerista que a simples demonstração de que a personalidade da pessoa jurídica está representando um obstáculo à satisfação de direito de crédito do consumidor, pode o juiz

6 Guilherme Calmon Nogueira da Gama menciona que os assuntos mais importantes que se refere às questões processuais relativa à desconsideração da personalidade jurídica seriam: a possibilidade ou não de aplica-la de ofício; a legitimidade processual para requerer sua aplicação, a legitimidade recursal para impugnar a decisão que desconsiderou a personalidade jurídica e o procedimento e momento processual relativos à aplicação da teoria da desconsideração. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Revista de Processo, vol. 262, dez. 2016, p. 64.

frente ao inadimplemento do fornecedor, de imediato, desconsiderar a personalidade jurídica, ou necessário se faz que seja instaurado o incidente da desconsideração nos termos da lei adjetiva? Eis o que se busca com o presente artigo responder.

2. PROCEDIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Como referido a desconsideração da personalidade jurídica já há muito tempo consolidou-se no ordenamento jurídico brasileiro, mas sua aplicação processual sempre foi objeto de debate, identificando-se a necessidade de uma disciplina procedimental própria.

Da análise de processos judiciais verificava-se como regra que uma vez comprovados os pressupostos para a concessão da desconsideração, esta dava-se de imediato, sem existir qualquer momento de defesa prévia ao sócio acionado, ao qual restava, em quase a totalidade dos casos defender-se demonstrando a inexistência da obrigação que lhe estava sendo imputada.

Foi então que a nova lei processual suprimiu a carência legislativa, disciplinando a matéria, trazendo uma alteração significativa em comparação ao que constantemente era identificado em processos judiciais.

2.1. A Previsão Legislativa anterior à Lei 13.105/2015

Quando da vigência do Código Civil de 1973 identificava-se perante os casos concretos que o requerimento da Desconsideração da Personalidade Jurídica se dava na fase executiva, sendo a inexistência de patrimônio da sociedade devedora, indiscutivelmente, a mola propulsora do requerimento judicial.

Constituído o título executivo e buscando o credor a satisfação de seu crédito judicialmente, sendo constatados indícios de abuso da personalidade jurídica por parte do sócio, poderia o Juiz, desconsiderar a personalidade jurídica atribuindo então a obrigação aos sócios.⁷

7 Apesar de tal entendimento ser o majoritariamente aplicado na solução dos casos concretos,

Em tal caso a medida a ser adotada pelo sócio seria a de ou promover a impugnação ao Cumprimento de Sentença ou interpor Embargos à Execução.

A prova de inexistência dos pressupostos da desconsideração, portanto, caberia ao autor da impugnação ou embargos, nos termos do artigo 333, inciso I, do revogado Código de Processo Civil de 1973, estabelecendo na realidade tal entendimento, uma verdadeira inversão do ônus da prova.

A base da ação então proposta pelo sócio, em que pese pudesse argumentar alguns vícios da execução, não se encontrava centralizada no objeto, mas sim no sujeito, sendo a prova ampla, não se restringido as hipóteses do artigo 475-L, incisos I ao III e V, do CPC de 1973, matérias essas meramente coadjuvantes na medida que ao se pôr em debate a desconsideração, o centro deixava de ser o objeto da demanda, ou seja a dívida existente.

Mais, em discutindo-se acerca da concessão ou não da desconsideração em sede de impugnação ao cumprimento da sentença, sendo a decisão de improcedência, reconhecendo-se assim que o sócio ou administrador deveria efetuar o pagamento da dívida, o recurso cabível seria o agravo de instrumento, o qual não suspende os efeitos da decisão proferida em primeiro grau, permitindo-se a execução provisória do mandamento, nos termos do artigo 475, do CPC de 1973, a qual se tornaria definitiva com o trânsito em julgado em relação ao sujeito a quem se estaria imputando a obrigação. Já no caso de procedência da impugnação, o recurso cabível seria a apelação, e em mantendo-se tal decisão, não mais se admitiria imputar àquele sujeito

a doutrina referia quanto a existência de duas correntes doutrinárias. Uma delas defendendo a ideia de que havia necessidade de processo autônomo para a desconsideração, uma ação de conhecimento que se desenvolvesse de forma paralela à execução, para que assim se constituísse um novo título executivo judicial a fim de permitir invadir-se a esfera patrimonial do sócio ou representante da pessoa jurídica devedora. A outra a corrente, considerando que a desconsideração deveria operar-se incidentalmente, na própria execução, bastando comprovar a existência de fraude, ou má utilização pessoa jurídica, de forma que com tal demonstração incidiria a constrição sobre os bens particulares das pessoas físicas ou de outras pessoas jurídicas, que direta ou indiretamente se acham ligadas à sociedade executada. BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda., 2004, p.75.

a obrigação (artigo 475 – M, § 3º, do CPC de 1973), mas o débito da pessoa jurídica persistiria.

Já no que se referia à necessidade de desconsideração em sede de execução de título executivo extrajudicial, o debate se desenvolvia nos embargos à execução cuja sentença era enfrentada pelo recurso de apelação. Contudo, os efeitos em que essa era recebida se assemelhavam ao do agravo de instrumento cabível em sede de impugnação ao cumprimento da sentença, ou seja, somente no efeito devolutivo, nos termos do artigo 520, inciso V do CPC 1973.

Assim se desenvolvia o processo quando do pedido da desconsideração da personalidade jurídica, deixando o sócio acionado em uma posição prejudicial para defender-se frente a imputação da obrigação, e assim contra a perda de seu patrimônio pessoal para satisfação do crédito do autor da demanda executiva.

2.2. O Incidente da desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código de Processo Civil.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 o tratamento procedimental à desconsideração da personalidade jurídica alterou-se completamente, pois foi positivado o que se denominou de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, um procedimento incidental que pode ser instaurado em todas as fases do processo, ou seja, quando do processo de conhecimento (originalmente), ou no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial (incidentalmente), conforme preceitua o artigo 134 da lei adjetiva.

Este novo procedimento foi bastante festejado pela comunidade jurídica, pois inequivocamente com sua inclusão no processo civil foi corrigido um equívoco jurídico importante, pois como anteriormente referido, até aquele momento, o ônus da prova da inexistência dos pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica cabia ao sócio a quem a obrigação acabava sendo imputada. Além do mais, como mencionado por muitos, o direito constitucional à ampla

defesa ficava prejudicado.⁸

Pela leitura do artigo 133 do Código de Processo Civil de 2015 resta claro que o incidente será provocado pela parte que pretender ver a aplicação da desconsideração, de sorte que aquele que visar o afastamento do véu da pessoa jurídica ocupará a posição de autor do incidente processual, ao passo que o sócio ou administrador requerido passa a ocupar a posição jurídica processual de requerido. Com efeito, tratando-se de fatos constitutivos do direito do autor nos termos do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, caberá a este a prova dos pressupostos autorizadores da desconsideração, sendo do demandado a prova dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor.

Importante destacar, entretanto, que o debate a ser travado no incidente processual se restringe aos aspectos subjetivo da demanda, não sendo possível discutir-se sobre o objeto, sobre a obrigação inadimplida originadora do pleito judicial. Os argumentos da defesa devem restringir-se a demonstrar ser indevida a imputação da obrigação ao sócio; nada mais.

Não possui o incidente de desconsideração natureza de impugnação ao cumprimento de sentença, mas trata-se de ação cognitiva própria. Visa-se a atribuição da obrigação ao sócio em face da presença dos pressupostos que concedem ao credor obter os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, sem que haja ainda qualquer decisão de mérito em torno do objeto da demanda.

Eventuais debates a serem realizados quanto ao objeto do pleito judicial, ou seja, a dívida propriamente dita, deverão ser travados em oportunidade própria, sendo que caso seja constituído um título executivo, caberá a propositura da impugnação ao cumprimento de sentença ou de embargos à execução.

De tais mudanças surge uma novidade. A fase executória não

8 ALBERTON, Genacéia da Silva. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor – Aspectos Processuais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 7, jul.-set. 1993, p. 07 – 29.

poderá ser promovida antes de uma sentença transitada em julgado que atribua a obrigação ao sócio. Fica afastada a hipótese de execução provisória. O máximo que se pode requerer é a aplicação de medidas de urgência visando alguma constrição judicial sobre o patrimônio da parte demandada no incidente, constrição essa que não se confunde com a penhora, pois execução ainda inexistente.

Verifica-se que o termo inicial do prazo para a “defesa” do executado somente terá o seu termo inicial após a decisão do incidente de desconconsideração transitada em julgado. Até esse momento inexistente qualquer decisão definitiva de que o sócio seja o responsável pelo débito.

3. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O Código de Processo Civil é indiscutivelmente a lei geral procedimental e por isso aplicada nas mais variadas áreas do direito material, sendo sua incidência afastada tão somente quando a lei especial que regula a matéria expressamente afastar sua aplicação, trazendo procedimento específico.

No âmbito do Direito do Consumidor tal entendimento não é excepcionado. É o que inclusive vem descrito no artigo 90 do diploma consumerista ao ressaltar que aplicam-se as regras do diploma processual em matéria de defesa do consumidor em juízo.

Seguindo tal linha interpretativa, seria lógico afirmar-se que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica teria plena aplicação às relações de consumo, pois inexistente regra processual específica quanto a matéria regulada no diploma consumerista. Todavia, em matéria de desconconsideração da personalidade jurídica importa um exame mais aprofundado da situação, pois como o Código de Defesa do Consumidor estabelece um conceito de desconconsideração que pela doutrina majoritária e também pela jurisprudência é distinto do constante do artigo 50 do Código Civil brasileiro, importa

verificar se a visão consumerista sobre a aplicação do instituto se coaduna plenamente com a interposição do incidente trazido pela nova lei processual.

3.1. O artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor e a aplicação da Teoria Menor.

Da análise dos julgados relativos à desconconsideração da personalidade jurídica observar-se a frequente menção à teoria maior e a teoria menor para interpretar a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica no caso concreto. A teoria maior considera que a desconconsideração somente poderá operar-se quando houver abuso da personalidade ou fraude. Já a teoria menor consagra a ideia de que basta a demonstração pelo credor de que a sociedade não possui bens para cumprir com a obrigação inadimplida, mas que seu sócio ou sócios possuem, bastando portanto o inadimplemento da sociedade para autorizar a desconconsideração.⁹ Em síntese, a fim de viabilizar a satisfação do crédito, transfere-se a obrigação ao sócio ou administrador da sociedade.

Resta claro pela análise da doutrina¹⁰ e da jurisprudência¹¹ o

9 Nesse sentido COUTO SILVA, Alexandre. A Aplicação da Desconconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 138.

10 Ver por todos MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1468.

11 DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO DOS SÓCIOS EM PREJUIZO DE QUEM FOI DECRETADA A DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS COM A INTIMAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIA ADEQUADA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DO CABIMENTO DA *DISREGARD*. RELAÇÃO DE CONSUMO. ESPAÇO PRÓPRIO PARA A INCIDÊNCIA DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 28, § 5º, CDC. PRECEDENTES. 1. A desconconsideração da personalidade jurídica é instrumento afeito a situações limítrofes, nas quais a má-fé, o abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial estão revelados, circunstâncias que reclamam, a toda evidência, providência expedida por parte do Judiciário. Com efeito, exigir o amplo e prévio contraditório em ação de conhecimento própria para tal mister, no mais das vezes, redundaria em esvaziamento do instituto nobre. 2. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada *a posteriori*, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade. 3. Assim, não prospera a tese segundo a qual não seria cabível, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, a discussão acerca da validade da desconconsideração da personalidade jurídica. Em realidade, se no caso concreto e no campo do direito material

entendimento de que ao artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor trouxe uma nova visão, uma nova interpretação a ser dada ao instituto. Sendo a vulnerabilidade a característica inerente a todo consumidor considera-se que não há a necessidade da presença do pressuposto tradicional para o levantamento do véu da pessoa jurídica, qual seja, o abuso da personalidade, bastando o mero inadimplemento da obrigação do fornecedor, seja pela negativa de indenizar danos advindos de acidentes de consumo, ou de responder pelos vícios do produto ou do serviço, ou ainda de arcar com a indenização advinda de qualquer outra obrigação inadimplida.¹²

Para assegurar a proteção da confiança despertada no consumidor de que caso o fornecedor deixe de cumprir com suas obrigações e revele-se sua insolvência, poderá o patrimônio do sócio ou administrador ser atingido para a satisfação do crédito do consumidor¹³. Consagrou a doutrina consumerista a aplicação da denominada

fosse descabida a aplicação da *Disregard Doctrine*, estar-se-ia diante de ilegitimidade passiva para responder pelo débito, insurgência apreciável na via da impugnação, consoante art. 475-L, inciso IV. Ainda que assim não fosse, poder-se-ia cogitar de oposição de exceção de pré-executividade, a qual, segundo entendimento de doutrina autorizada, não só foi mantida, como ganhou mais relevo a partir da Lei n. 11.232/2005. 4. Portanto, não se havendo falar em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, em razão da ausência de citação ou de intimação para o pagamento da dívida (art. 475-J do CPC), e sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, afigura-se bastante – quando, no âmbito do direito material, forem detectados os pressupostos autorizadores da medida – a intimação superveniente da penhora dos bens dos ex-sócios, providência que, em concreto, foi realizada. 5. No caso, percebe-se que a fundamentação para a desconsideração da pessoa jurídica está ancorada em “abuso da personalidade” e na “ausência de bens passíveis de penhora”, remetendo o voto condutor às provas e aos documentos carreados aos autos. Nessa circunstância, o entendimento a que chegou o Tribunal *a quo*, além de ostentar fundamentação consentânea com a jurisprudência da Casa, não pode ser revisto por força da Súmula 7/STJ. 6. Não fosse por isso, cuidando-se de vínculo de índole consumerista, admite-se, a título de exceção, a utilização da chamada “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”, mercê da parte final do *caput* do art. 28, e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor. 7. A investigação acerca da natureza da verba bloqueada nas contas do recorrente encontra óbice na Súmula 7/STJ. 8. Recurso especial não provido. *Recurso Especial nº 1096604-DF, Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, DJ 16/10/2012.*

12 MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 637.

13 Como destaca Genacéia da Silva Alberton, o “Código do Consumidor apresentou a desconsideração de forma ampla, de tal modo que pode abranger qualquer situação em que a autonomia da personalidade jurídica venha a frustrar ou dificultar o ressarcimento do consumidor prejudicado.” ALBERTON, Genacéia da Silva. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor – Aspectos Processuais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 7, jul.-set. 1993, p. 07 – 29.

teoria menor. O § 5º do artigo 28, ao referir que “também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” configurou uma verdadeira cláusula geral capaz de abranger todas as hipóteses previstas no *caput* do mesmo artigo, tornando-se a norma principal¹⁴, superando até mesmo o constante no *caput* do dispositivo.

Nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça verifica-se claramente a adoção de tal teoria.¹⁵ Os julgados constantemente fazem referência à existência das duas teorias¹⁶, mas reiteram que o simples inadimplemento, diferentemente das situações envolvendo relações civis e empresariais, autorizam o levantamento do véu da personalidade jurídica da sociedade.

14 MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 640.

15 RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL PROPOSTA CONTRA A CONSTRUTORA E SEUS SÓCIOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 28, **CAPUT** E § 5º, DO CDC. PREJUÍZO A CONSUMIDORES. INATIVIDADE DA EMPRESA POR MÁ ADMINISTRAÇÃO. 1. Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel movida contra a construtora e seus sócios. 2. Reconhecimento pelas instâncias ordinárias de que, em detrimento das consumidoras demandantes, houve inatividade da pessoa jurídica, decorrente da má administração, circunstância apta, de per si, a ensejar a desconsideração, com fundamento no art. 28, **caput**, do CDC. 3. No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da **disregard doctrine**, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária. 4. Precedente específico desta Corte acerca do tema (Resp. nº 279.273/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ de 29.03.2004). 5. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. *Resp nº 737.000-MG. Terceira Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 12/09/2011.*

16 DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FRUSTRADA. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO APOIADA NA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 (TEORIA MAIOR). ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATAVA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO ART. 28, § 5º, DO CDC (TEORIA MENOR). OMISSÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC RECONHECIDA. 1. É possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (art. 28 e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor). 2. Omitindo-se o Tribunal a quo quanto à tese de incidência do art. 28, § 5º, do CDC (Teoria Menor), acolhe-se a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. REsp 111153/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJ 04/02/2013.

Partindo desse entendimento, verifica-se que nos casos da teoria menor aplicada à Desconsideração da Personalidade Jurídica, irrelevante se torna o ato praticado pelo sócio, pois trata-se do risco da atividade econômica que não poderia ser suportada pelo consumidor.

Decisão que se tornou paradigmática em matéria do descon-sideração da personalidade jurídica nas relações de consumo foi o Recurso Especial nº 279273/SP¹⁷. Originada de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo foi requerida a aplicação da descon-sideração da personalidade jurídica de sociedade titular de um grande centro comercial onde ocorreu acidente envolvendo um número significativo de vítimas em decorrência de explosão por acúmulo de gás livre entre o subsolo e o primeiro pavimento, acarretando a morte de diversas pessoas e graves lesões a outras tantas.

Superadas as questões envolvendo a legitimidade do Ministério Público e a existência de uma relação de consumo, a discussão tornou-se muito debatida no ponto relativo a possibilidade de aplicação da descon-sideração da personalidade jurídica com base no artigo 28

17 Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. – Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. – A teoria maior da descon-sideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da descon-sideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da descon-sideração). – A teoria menor da descon-sideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. – A aplicação da teoria menor da descon-sideração às relações de consumo está calçada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. – Recursos especiais não conhecidos. *Recurso Especial nº 279273/SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 29/03/2004.*

§ 5º. O juiz da causa julgou procedente a demanda condenando os requeridos de forma solidária a indenizar os danos sofridos pelos consumidores. Em sede de apelação a decisão de primeiro grau foi confirmada em parte, considerando-se que os sócios deveriam responder de forma subsidiária.

O julgamento do Recurso Especial trouxe um embate bastante interessante em torno da extensão da descon-sideração da personalidade jurídica nas relações de consumo, sendo a decisão final, por maioria, no sentido de aplicar a denominada teoria menor, impondo-se aos sócios arcarem com a obrigação, no intuito de evitar o surgimento de obstáculos para que os consumidores obtivessem a indenização cabível ao caso.¹⁸

Em seu voto, a Ministra Relatora Nancy Andrighi referiu que a teoria maior vem retratada no artigo 50 do Código Civil brasileiro, mas que a teoria menor foi contemplada pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 28. Destacou a Julgadora que em seu entender apesar de o *caput* do artigo 28 tenha adotado a teoria maior, o § 5º do mesmo dispositivo excepcionou a regra, contemplando a denominada teoria menor. Asseverou que a leitura do parágrafo não se aplica na dependência dos requisitos do *caput*, tanto que aquele traz expressamente a referência a que “Também poderá ser descon-siderada”, aduzindo que tal expressão demonstra “a adoção de pressupostos autônomos à incidência da descon-sideração”.

Ressaltou ainda a Relatora que o § 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor “ampara um novo capítulo no instituto do levantamento do véu da pessoa jurídica, o qual se coaduna com o princípio geral da Ordem Econômica, como positivado pela CF/88, que prevê a defesa do consumidor (CF, art. 170, inc. V)” trazendo em destaque a especialidade da norma e o fundamento da interpretação do dispositivo na necessidade de uma proteção especial ao vulnerável na relação jurídica entabulada.

18 NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. Desconstruindo a Descon-sideração da Personalidade Jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 214.

3.2. A inaplicabilidade do incidente da desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo

Frente à constatação de que nas relações de consumo a desconsideração prescinde da comprovação do abuso da personalidade jurídica é coerente que se questione a aplicação do incidente trazido pela nova lei processual, na medida que o simples inadimplemento é visto como suficiente para aplicação da desconsideração.

Seguindo tal raciocínio, não há fundamento que sustente mover a máquina judiciária do Estado para encontrar uma decisão que já é reconhecida. Não há qualquer necessidade de dilação probatória, pois as provas do inadimplemento ou ainda na linguagem da Lei 8.078/90, de que a personalidade da pessoa jurídica está criando obstáculo ao ressarcimento de prejuízo causados aos consumidores restam perfeitamente identificáveis.

Também, não se pode afirmar que se estaria impedindo o contraditório e a ampla defesa, direitos estes consagrados pela Constituição Federal como fundamentais, pois o tal direito poderá ser exercido por aquele a quem está sendo imputada a obrigação, pelos instrumentos de impugnação de sentença ou embargos à execução, tal qual ocorria anteriormente. Se estará agindo dentro dos vetores processuais da boa-fé constante do artigo 5º do Código de Processo Civil de 2015 e da cooperação inserido no artigo 6º do mesmo diploma, além de atender a política de economia processual e a “obtenção da solução integral do mérito” em prazo razoável, como preceitua o artigo 4º da lei adjetiva. Da mesma forma, não se estará contrariando o disposto no artigo 10 do mesmo diploma legal, pois estará sendo concedido ao fornecedor a oportunidade de manifestar-se apesar de ter ocorrido uma decisão de ofício.

Se o entendimento jurisprudencial é de que basta o inadimplemento e a identificação de que o fornecedor está criando obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, indiscutivelmente não há motivo para exigir-se a instauração do incidente. Na medida em que existe fortes indícios da insolvência,

nada há mais que discutir-se, resta apenas ao fornecedor, ainda que tardiamente, demonstrar o eventual adimplemento ou fundamento jurídicos para o não pagamento.

Nesse sentido dispensável instauração do incidente de desconsideração, podendo de imediato ser movida a ação ou a execução também já contra aquele cujo o patrimônio se pretenda atingir, em litisconsórcio facultativo passivo.¹⁹

Verifica-se pelas decisões proferidas ainda com base no Código de Processo Civil de 1973 que as mesmas trazem argumentos que se coadunam com o que aqui se refere e que por isso como consequência seria de concluir que surgiriam decisões pela inaplicabilidade do incidente da desconsideração da personalidade jurídica às relações de consumo.²⁰ Todavia, ao analisar-se litígios posteriores a entrada em

19 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 287. CÂMARA, Alexandre Freitas. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TAKANUBU, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 430.

20 Exemplo deste entendimento se pode observar pelo Recurso Especial nº 1.545.817 – SP, da Relatoria do Ministro Raul Araújo, da Quarta Turma, DJ 16/10/2012, assim ementado: RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO. SOCIEDADE EMPRESÁRIA COM PARTICIPAÇÃO NA EMPRESA EXECUTADA. COINCIDÊNCIA ENTRE OS SÓCIOS. CITAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS EM RAZÃO DA CITAÇÃO DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES DA PESSOA JURÍDICA ATINGIDA. PREJUÍZO À DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS (CPC/1973, ART. 249, § 1º). TEORIA DA *DISREGARD DOCTRINE* (CC2002, ART. 50). REQUISITOS. CONFUSÃO PATRIMONIAL RECONHECIDA. MATÉRIA DE PROVA (SÚMULA 7STJ). PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DE EMPRESA. REDUÇÃO. PERCENTUAL FIXADO COM BASE NA APRECIACÃO DOS FATOS DA CAUSA. INVIABILIDADE NESTA ESTREITA VIA. POSSIBILIDADE DE POSTERIOR ALTERAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, DURANTE A EXECUÇÃO, CASO SE MOSTRE ADEQUADA A PROVIDÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETÓRIOS E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ (CPC/1973, ARTS. 17, 18 E 538, PARÁGRAFO ÚNICO). NÃO CARACTERIZAÇÃO. PENALIDADES AFASTADAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A questão relativa à prévia citação do sócio ou da pessoa jurídica atingida pela aplicação da *disregard doctrine*, anteriormente à vigência do novo Código de Processo Civil, encontra precedentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: “A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou execução de pré-executividade” (REsp 1.414.997/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 26/10/2015). 2. Hipótese em que, ademais, não foi demonstrada a existência de prejuízo à defesa, uma vez que, reconhecida a coincidência entre os quadros societários das empresas envolvidas, verificou-se que os sócios administradores da sociedade

vigor do novo Código de Processo Civil, verifica-se a determinação da aplicação do incidente, sem porém estar demonstrado a efetiva utilidade de sua instauração.

No Tribunal de Justiça de São Paulo em julgamentos proferidos após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, verificam-se decisões aplicando o estabelecido no artigo 28 §5º do CPC, estabelecendo, entretanto, a necessidade a abertura do contraditório mediante a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Situação que evidencia tal entendimento é verificado no Agravo de Instrumento nº 2050975-02.2017.8.26.000. No caso concreto, em fase de cumprimento de sentença, o autor requereu a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica sendo ela indeferida pelo julgador de primeiro grau por considerar ausentes os pressupostos do artigo 50 do Código Civil brasileiro. Ao julgar o agravo o Desembargador Relator destacou existir uma relação de consumo, sendo aplicável assim o disposto no artigo 28 §5º do Código de Defesa do Consumidor haja vista tratar-se de ação de indenização por acidente de consumo, especificamente por falha no transporte, o que gerou a morte do pai e cônjuge da autora. Todavia, apesar de expressamente

recorrente já figuravam no polo passivo da execução, o que lhes possibilitou o exercício do contraditório acerca da aplicação da *disregard doctrine* antes de proferida qualquer decisão a respeito. Aplicação do princípio da instrumentalidade das formas (CPC/1973, art. 249, § 1º). 3. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a existência dos requisitos autorizadores da desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária executada, decretada nos termos do art. 50 do CC/2002, a revisão das conclusões contidas no acórdão recorrido, fundamentado no exame aprofundado das provas produzidas, exigiria o revolvimento de matéria fática, inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 4. Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a penhora sobre o faturamento de empresa é admitida em casos em que se mostre necessária e adequada, desde que observados, cumulativamente, os seguintes requisitos: I) inexistência de bens passíveis de garantir a execução ou que sejam de difícil alienação; II) nomeação de administrador (CPC/73, art. 655-A, § 3º); e III) fixação de percentual que não inviabilize a atividade empresarial. Precedentes. 5. Inviável, na via estreita do especial, o exame da pretensão de redução do percentual estabelecido para a penhora – fixado em 30% sobre o faturamento bruto mensal da sociedade executada –, uma vez que fixado pelo Tribunal de origem com base na apreciação dos fatos da causa. A revisão do percentual da penhora poderá ser feita pelas próprias instâncias ordinárias, caso se mostre adequada essa providência, durante a execução. 6. Tratando-se de embargos de declaração opostos com o intuito de prequestionar matéria infraconstitucional trazida no recurso especial, não há por que inquiná-los de protelatórios, tampouco para considerar a parte como litigante de má-fé, uma vez que esta não pode ser presumida, sendo necessária a comprovação do dolo da parte, ou seja, da intenção de obstrução do trâmite regular do processo, nos termos do art. 17 do Código de Processo Civil. Penalidades afastadas. 7. Recurso especial provido em parte.

destacar o Relator que a regra constante do §5º do artigo 28 “trata-se de regra muito mais ampla e objetiva, que dispensa a aferição da fraude ou má-fé do fornecedor de produtos ou serviços, bastando a ocorrência de efetivo prejuízo ao consumidor” considerou que não se poderia inadmitir a desconconsideração da personalidade jurídica pela aplicação da norma mencionada, destacando inclusive que “não se reconhecer a prevalência da regra especialíssima do art. 28, do CDC, em prejuízo da aplicação do art. 50, do CC/02, equivaleria a negar a proteção ao consumidor”. Todavia, após as considerações apresentadas, decidiu que seria necessário antes da decretação da desconconsideração, a instauração do incidente previsto no artigo 133 da nova lei objetiva, a fim de estabelecer-se o contraditório prévio.²¹

Não se apresenta, entretanto, tal entendimento como unânime no mesmo Tribunal, pois também em decisões proferidas encontram-se posicionamentos aplicando a desconconsideração da personalidade jurídica sem a instauração do incidente, mas como medida devida a ser deferida de pronto quando presente o estabelecido no artigo 28 §5º do Código de Defesa do Consumidor.

No recurso de agravo de instrumento nº 2131235-03.2016.8.26.0000 julgado em 13/05/2017 pela 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, da relatoria do Desembargador Alexandre Marcondes, resultante de interposição de exceção de executividade, em sede de cumprimento de sentença que condenou a demanda ao pagamento do custeio de tratamento hospitalar ao consumidor que apresentava neoplasia maligna, considerou o Desembargador Relator ser devida aplicação do artigo 28 §5º do

21 RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZAÇÃO MORTE DE PASSAGEIRO, FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PEDIDO DE AFETAÇÃO DO PATRIMÔNIO DOS SÓCIOS, POR ÔBICE AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO EM RAZÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA CABIMENTO RELAÇÃO DE CONSUMO – HIPÓTESE PREVISTA NO §5º, DO ART. 28, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – NECESSIDADE, ENTRETANTO, DE ABERTURA DE CONTRADITÓRIO PRÉVIO, MEDIANTE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 133, E SEGUINTE, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DECISÃO REFORMADA RECURSO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO. *Agravo de Instrumento nº 2050975-02.2017.8.26.0000, 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 22/05/2017.*

diploma consumerista, por considerar que a requerida pertence ao mesmo grupo econômico da demandada original, afirmando que a agravante deveria ser mantida no polo passivo da fase executiva, sem determinar a necessidade de instauração do incidente da desconsideração da personalidade jurídica.²²

Verifica-se assim que em sede de relação de consumo pende ainda discussão quanto a necessidade da aplicação das regras dos artigos 133 a 137 do atual Código de Processo Civil.

4. CONCLUSÃO

Não se pode negar que o procedimento adotado para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica previsto na nova codificação processual representa um importante avanço, pois proporciona uma adequada prestação jurisdicional, conferindo às partes a efetiva aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa, seja quando a desconsideração é feita em um processo de conhecimento, como um pedido originário, ou em um processo executivo e assim de forma incidental.

Ocorre, todavia, que não pode a regra processual distanciar-se do entendimento estabelecido em sede de direito material, sendo apresentadas decisões que privilegiem o processo em detrimento da lei objetiva.

O processo de construção de uma teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito brasileiro deu-se de forma paulatina, podendo-se afirmar que atualmente a doutrina estabeleceu de forma clara os pressupostos gerais para sua aplicação, com previsão própria

22 Desconsideração da personalidade jurídica. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos materiais e morais. Fase de cumprimento de sentença. Penhora de dinheiro. Oposição de exceção de pré-executividade. Adequação e tempestividade da exceção. Grupo econômico formado entre as empresas Saúde NSL Ltda., Saúde Medicol S/A, Hospital e Maternidade NSL S/A e Rede D'Or São Luiz S/A configurado. Agravante que é responsável indireta pela carteira de clientes do plano de saúde do autor. Aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28, § 5º do CDC). Legitimidade passiva da agravante verificada também sob o enfoque do art. 28, § 2º do CDC. Precedente do TJSP e do STJ. Desconsideração da personalidade jurídica mantida. Recurso desprovido, revogado o efeito suspensivo.

no artigo 50 do Código Civil brasileiro, mas também trouxe previsões especiais quanto a matéria em legislações extravagantes, sendo uma delas o Código de Defesa do Consumidor.

A disciplina constante da legislação consumerista privilegia a tutela do consumidor, sujeito vulnerável na sociedade de consumo e que por isso merece um tratamento diferenciado a fim de proporcionar-lhe a proteção necessário para que as relações que se estabelecem no mercado sejam justas e equilibradas.

Em matéria de desconsideração da personalidade jurídica o legislador consumerista decidiu estabelecer uma disciplina bastante especial, excepcionando o sentido geral do instituto, buscando proteger a confiança do consumidor e garantir-lhe a indenização integral frente a danos que possam lhes ser acarretados.

Neste contexto surge o artigo 28 da Lei 8.078/90, trazendo em seu §5º uma disciplina que segundo grande parte dos juristas deve ter aplicabilidade imediata, proporcionando ao consumidor desvelar a personalidade jurídica da sociedade fornecedora, transferindo a obrigação a seus sócios ou administradores.

Em sendo este o entendimento que prevalece no Direito brasileiro, descabe impor-se ao consumidor a necessidade de comprovar o abuso da personalidade jurídica do fornecedor, bastando a comprovação do descumprimento de seu dever de indenizar e sua situação de insolvência. Consequentemente, não há sentido em aplicar-se o procedimento estabelecido pelos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil atual.

REFERÊNCIAS

- ALBERTON, Genacéia da Silva. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor – Aspectos Processuais. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 7, jul.-set. 1993, p. 07 – 29.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código Civil. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 69.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda., 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TAKANUBU, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

COUTO SILVA, Alexandre. A Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Revista de Processo, vol. 262, dez. 2016, p. 61-85.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Lamartine Corrêa. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 456.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), **Revista dos Tribunais**, vol. 410, ano 58, dez. 1969, p. 12-24

SERICK, Rolf. **Apariencia y realidad en las Sociedades Mercantiles: El abuso de derecho por medio de la persona jurídica**. Traducción y comentarios de Derecho Español Jose Ouig Britau. Barcelona: Ariel, 1958.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 287.

O ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA: POR UMA ANÁLISE EXEMPLIFICATIVA A PARTIR DA TUTELA DO CONTEÚDO MATERIAL DAS QUESTÕES DE FAMÍLIA

Fernanda de Souza Rabello¹

Mauro Fiterman²

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DOS INCISOS DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO CONCRETIZAÇÃO DA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL. 3. DA TUTELA DO CONTEÚDO MATERIAL DAS QUESTÕES DE FAMÍLIA E A COERÊNCIA COM AS NOVAS DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS. 4. DO EXAME EXEMPLIFICATIVO: DA APLICAÇÃO DE PRECEDENTES E SÚMULAS, COM ÊNFASE EM QUESTÕES DE FAMÍLIA. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. INTRODUÇÃO

Estamos frente a um novo Código de Processo Civil, e a nova legislação processual de 2015, sem dúvida, reflete os debates havidos acerca do já tão propalado Direito Processual Constitucional, reforçando o elo de ligação cada vez mais presente entre o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil.

O processo como um todo apresenta-se revisado, de tal modo que sua estruturação deve estar sempre alicerçada na normatividade constitucional, sobretudo com relação aos direitos fundamentais. A justiça há de ser buscada sempre em consonância com a segurança jurídica, e esta se fará presente sempre que as decisões forem apresentadas com transparência que lhes permita fiscalização.

1 Advogada. Mestre em Direito. Professora de Direito Civil da PUC/RS.

2 Advogado. Mestre em Direito. Professor de Direito Civil da PUC/RS.

A atividade pública realizada no processo é um exercício de poder e, como tal, deve ser fiscalizada. O poder decisório do julgador, estando presente a exigência de sua fundamentação, tanto na norma constitucional quanto na norma processual, implica a necessidade de uma plasticidade³, como bem referido por Carnelutti, já que para cada caso concreto a norma assume forma diversa em situações diferentes.

Assim, o artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015 reforça a indispensabilidade de o julgador exteriorizar suas razões de decidir. A motivação de um ato decisório deverá prestar-se a deixar clara a sua justeza ou não, analisando-se, no caso concreto, sua fundamentação. Diante disso, verifica-se a necessidade de atentar à aplicação das novas regras processuais, nas questões de família, por conta das peculiaridades oferecidas por esse ramo do Direito Civil.

O Código de Processo Civil de 2015, ao reiterar o dever de motivação das decisões judiciais, destacando pontualmente a necessidade de sua adequação aos textos normativos, passa a ter relevante influência no Direito de Família, por suas nuances especiais, que requerem uma tutela também especial por parte daquele que irá proferir a decisão, tomando em conta seu conteúdo material. Esse destaque está demonstrado de maneira exemplificativa no presente estudo.

2. DOS INCISOS DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO CONCRETIZAÇÃO DA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL

A norma processual contida no artigo 489 confere maior efetividade ao disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal/88⁴, que determina que todas as decisões devam ser fundamentadas sob

3 CARNELLUTTI, Francesco (apud) ARAKEN, Assis de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 61.

4 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

pena de nulidade.⁵ Tal regra está igualmente reproduzida no artigo 11 do Código de Processo Civil de 2015.⁶ Assim, o artigo 489 é um reforço, uma concretização à norma constitucional que determina que toda decisão deva ser fundamentada. E, se não há restrições ou especificações no que se refere às espécies de decisões, deve-se concluir que isso se estende a “todas” as espécies de decisões.⁷

Conforme bem coloca José Miguel Garcia Medina⁸, fundamentar é apresentar racionalmente as bases fáticas e jurídicas da decisão. A fundamentação deve ser entendida como um ato de inteligência, declaração e resposta.

Para Misael Montenegro Filho:

“Em qualquer hipótese, o magistrado deve revelar quais os argumentos apresentados pelo autor que o convenceram do preenchimento dos requisitos específicos, apoiando a sua decisão em fatos do processo, além dos documentos atados à petição inicial. A decisão que não apresenta essa característica é nula, por afrontar o princípio constitucional estampado no inciso IX do art. 93 do Texto Maior, que assegura a transparência das decisões judiciais, infringindo, além disso, o princípio do devido processo legal, o que pode e deve ser reconhecido de ofício pelo tribunal, por ser como matéria de ordem pública, transpassando o interesse meramente particular das partes. A nulidade da decisão judicial, pela falta ou pela deficiência de fundamentação, não se confunde com a decisão judicial equivocadamente fundamentada, que não é marcada pela nulidade, devendo ser apenas corrigida, adequando-se aos fatos e aos argumentos jurídicos invocados pelas partes. Essa consideração é importante, já que a existência de fundamentação, embora equivocada, não dá cabimento à interposição de recurso extraordinário, à minguada de infração a disposição da CF.”

5 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2.ed. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 391: “Enorme novidade é trazida pelo CPC de 2015 no par. 1º do dispositivo, que quer concretizar a exigência do art. 93, IX, da CF, e, no plano codificado, o art. 11. O interessante é que lá não se diz o que uma decisão – e, de resto, qualquer outra decisão jurisdicional como impõe expressamente o dispositivo – precisa conter para se considerar fundamentada. Descreve-se o que se considera uma decisão não fundamentada”.

6 Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

7 Isso pode ser reforçado pela leitura dos § 2º e 3º do artigo 489 do Código de Processo Civil e dos artigos que o seguem, já que se utilizam do termo “decisão” em vez de sentença.

8 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 771.

9 MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Muito esclarecedora a referência apontada por Olavo de Oliveira Neto¹⁰ quando aduz que não se pode olvidar da necessidade inerente ao ser humano de obter uma justificativa convincente para a pretensão que lhe é negada. A motivação e a transparência dos fundamentos adotados para a decisão são imposições decorrentes do princípio do devido processo legal, que busca, entre outros aspectos, a exteriorização das razões adotadas pelo julgador, o revelar, sob sua ótica, de como interpretou a lei e os fatos do caso concreto. As razões do decidir devem vir apontadas com a maior transparência que lhe seja possível, autorizando à perfeita compreensão de todos os pontos da controvérsia.

Calamandrei há muito ensinou:

“[...] a fundamentação da sentença é, sem dúvida, uma grande garantia de justiça quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar a sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o Magistrado se desorientou.”¹¹

O parágrafo primeiro do artigo 489 é claro no sentido de que a fundamentação não precisa ser extensa para que seja considerada uma fundamentação adequada. A concisão não deixa de ser uma virtude e não se acredita que seja incompatível com o regramento apontado. Assim, cabe ao juiz expor a interpretação que fez da norma jurídica aplicável ao caso concreto e a sua correlação entre ela e os fatos do caso concreto.¹²

O parágrafo segundo, por sua vez, traz a hipótese de colisão entre normas. Nesse caso, o juiz deve justificar o objeto e os critérios da ponderação utilizada. As normas, sendo divididas em regras e princípios, ensejam diferentes critérios de solução, não podendo o julgador utilizar-se das mesmas técnicas de ponderação.

10 OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de (orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. São Paulo: Campus Jurídico, 2008. p. 194.

11 CALAMANDREI, Piero (apud) PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 248.

12 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado artigo por artigo*. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 808.

O texto da norma também considera não fundamentada a decisão que deixa de aplicar precedente, acórdão, jurisprudência, orientação do plenário do tribunal ou súmula simples de tribunal (art. 927¹³), apontado pela parte, sem a indicação das razões pelas quais o julgador deixou de aplicá-los ou entende inaplicável o preceito. Para afastar esse entendimento, o juiz deverá distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta a impor solução diversa.¹⁴

Com relação ao parágrafo terceiro, relativo à interpretação de decisão judicial, é necessário, além da extração de uma norma jurídica para o caso concreto, que o julgamento se dê em conformidade com a boa-fé. Considerando que a probidade tem em vista proteger a busca da verdade, atinge não só as partes, mas também advogados, juízes, agentes do Ministério Público e serventuários.¹⁵ Na repressão à improbidade reside um dos atributos de sua imparcialidade. Assim como o juiz deve decidir com base nas provas que se encontram nos autos, deve também motivar sua decisão, a qual deve ser compreendida em função do conjunto de elementos que contém e de acordo com o princípio da boa-fé.¹⁶

13 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

14 Enunciado 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

15 PORTANOVA, Rui. *Princípio do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 157.

16 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1254: “8.5. Nulidade da sentença

O artigo 489 integra os novos contornos da noção contemporânea do princípio do contraditório,^{17, 18} que não está subsumido à atividade das partes. Tal princípio estará devidamente respeitado apenas diante de um julgador neutro, que observará o processo e o comportamento das partes em suas manifestações e nas provas produzidas para então decidir de acordo com a aplicação da norma, sem descurar daquilo que lhe requeira o caso concreto.

Aliás, vale lembrar que, em 08/11/2006, o STF proferiu decisão emblemática no MS 25.787/DF¹⁹, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em cujo voto considerou que o artigo 5º, LV, da CRFB, imprime ao contraditório perfil dinâmico ou substancial, devidamente imbricado com o dever de fundamentação das decisões judiciais:

*“Em outras ocasiões, tenho afirmado neste Tribunal que a garantia fundamental de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, 1969. T. V, p. 234) [...] Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Asprunch aufrechliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – *BverfGE* 70, 288-293 [...]). Daí afirmar-se, corretamente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da*

que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer decisão. O juiz deve examinar a causa, tratando do caso submetido ao seu exame. [...] É preciso que o caso seja enfrentado pelo juiz, com a adoção de fundamentos próprios. [...] O que não se permite é uma fundamentação genérica, aplicável indistintamente a qualquer hipótese, sem a menor identificação da questão jurídica discutida [...].”

17 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al., obra citada p. 795.

18

19 Sobre o tema, BUENO, Cassio Scarpinella, obra citada, p. 108: “É que o contraditório, no contexto dos direitos fundamentais [...] deve ser entendido como o direito de influir, de influenciar na formação da convicção do magistrado ao longo de todo o processo. Não se deve entendê-lo somente do ponto de vista negativo, passivo, defensivo. O Estado-juiz, justamente por força dos princípios constitucionais do processo, não pode decidir, sem que garanta previamente amplas e reais possibilidades de participação daqueles que sentirão, de alguma forma, os efeitos de sua decisão”. Mandado de Segurança nº 25.787, Distrito Federal, Relator: Ministra Rosa Weber, Impetrado: Transbrasil S/A Linhas Aéreas, Impetrante: Advogado Geral da União.

Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes no processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas [...]. Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtenspflicht), pode-se afirmar que ele envolve não só o direito de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht).”

Por fim, cumpre indagar: o que é fundamental? Acredita-se que, além de uma análise da norma, seria também realizar um exame pontual dos fatos e das provas, apontando-se o motivo do maior ou menor peso atribuído a cada uma delas. O juiz deve apontar, ainda, os fundamentos que lhe assistiram para aquele caso, porque aplicou (ou deixou de aplicar) esta ou aquela norma, porque deixou de aplicar uma terceira e porque chegou às conclusões que expendeu.

3. DA TUTELA DO CONTEÚDO MATERIAL DAS QUESTÕES DE FAMÍLIA E A COERÊNCIA COM AS NOVAS DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS

Uma vez explicitado ao alcance das disposições do artigo 489 do CPC e de seus parágrafos, enfatizando-se alguns dos incisos do parágrafo primeiro, cumpre proceder a uma análise dessas transformações da legislação processual brasileira e dos seus efeitos sobre o Direito de Família, tendo em vista as peculiaridades²⁰ que esse ramo do Direito Civil apresenta.

20 FITERMAN, Mauro. *Direito de família contemporâneo: temas controversos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 79: “A racionalidade acentua-se nas questões de família porque, se no plano do Direito, como um todo, é somente a partir de uma concepção tópica que se pode aferir a melhor decisão, seguramente, no Direito de Família, devido a suas peculiaridades, não há outra maneira de decidir com justiça [...]”.

Já não é de hoje que existe uma grande preocupação quanto à abstração que se verifica no trato das questões de família pelo Poder Judiciário, com base em uma hermenêutica formal, distante daquela que a hermenêutica contemporânea contempla como a mais adequada. A partir disso, passou-se a tratar da ideia de “tutela do conteúdo material das questões de família”:

“A tutela do conteúdo material é, acima de tudo, a tutela da realidade. E é por meio dessa premissa que se garante o seguinte: o que deve ser tutelado é o conteúdo material das questões postas à apreciação do Poder Judiciário, em que se pauta a análise que está por vir.

No entanto, essa tarefa não é tão simples. Pela tradição conceitual impregnada no Direito Civil brasileiro, bem como pela dogmática clássica que também assume contornos históricos e reais no plano do estudo do Direito, ao contrário do que deveria ocorrer, ainda se verifica, equivocadamente, a decisão formal, fulcrada em um grau de abstração que fere o conteúdo material das questões postas com um evidente cunho formal, o que se acentua nas questões de família.”²¹

A ideia é de haja um exame sistemático, mas necessariamente tópico, isto é, que enfrente o caso concreto a ser tutelado. E o enfrentamento do caso concreto, no âmbito das questões de família, consiste no exame de complexidades ímpares, que são realmente descobertas apenas mediante um labor interpretativo bastante apurado, lançando-se sobre isso um olhar interdisciplinar.²²

As transformações da legislação processual resultam por operacionalizar a postura do julgador no trato dessa hermenêutica contemporânea, criando-lhe verdadeiros deveres acerca da necessidade de um exame do conteúdo material das questões de família e da efetivação da transparência analítica, construindo-se, ou mesmo encontrando-se, a norma do caso concreto. Nesse sentido, vale destacar:

21 FITERMAN, Mauro, obra citada, p. 78-79.

22 FITERMAN, Mauro, obra citada, p. 80: “Além disso, no atual contexto do Direito de Família, resulta imprescindível que a interpretação acerca de suas questões se dê mediante um olhar interdisciplinar. E esse olhar interdisciplinar implica também um exame de conteúdo material, pois aquilo que, sob a rígida e minimizada ótica apenas do Direito, aponta para um caminho, abre-se, sob a proveitosa ótica interdisciplinar, para novos rumos, novas consequências, novas realidades”.

“É correto entender, destarte, que cabe ao magistrado peculiarizar o caso e a respectiva fundamentação diante das especificidades que lhe são apresentadas para o proferimento da decisão. [...] O que o dispositivo exige do magistrado, em suma, é a escoreita e suficiente, mas sempre completa, *discussão* da tese jurídica a incidir sobre a especificidade do caso em julgamento.”^{23, 24}

Não há mais espaço para as abordagens formais, verdadeiras abstrações, que muito se fizeram – e ainda se fazem – presentes nas decisões judiciais, sejam monocráticas, sejam em colegiado. Essas decisões, devido ao reforço da expressa dicção do artigo 489 do CPC e de seus parágrafos, serão nulas. É muito alto o preço que a sociedade vem pagando, nas últimas décadas, por força dessa postura generalista do Poder Judiciário, que tanto tratou, no que diz respeito às questões de família, o individual a partir de uma ideia do todo, desprezando as peculiaridades dos casos concretos. Na realidade, em comparação com os demais ramos do Direito Civil, o Direito de Família merece um tratamento diferenciado, tendo em vista que, na maioria das vezes, depara-se com situações nas quais as peculiaridades dos casos concretos requerem decisões individualizadas, atentas ao detalhamento dessas peculiaridades, fruto das complexidades da vida familiar contemporânea. Nesse sentido, apenas para exemplificar, salientam-se os debates acerca de famílias simultâneas, filiação socioafetiva e guarda compartilhada, entre outros tantos.

O curioso é que parte dessa distorção observada nas decisões judiciais é reflexo evidente de posturas doutrinárias que ainda analisam o Direito de Família a partir de um olhar generalista, baseado no exame formal, já superado pelo contexto contemporâneo, como, por exemplo, a objetivação da responsabilidade pelo pagamento de alimentos compensatórios.²⁵ Desse modo, a doutrina pátria, mesmo

23 BUENO, Cassio Scarpinella, obra citada, p. 392.

24 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al., obra citada, p. 1254: “8.5. *Nulidade da sentença que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer decisão.* O juiz deve examinar a causa, tratando do caso submetido ao seu exame. [...] É preciso que o caso seja enfrentado pelo juiz, com a adoção de fundamentos próprios. [...] O que não se permite é uma fundamentação genérica, aplicável indistintamente a qualquer hipótese, sem a menor identificação da questão jurídica discutida [...]”.

25 Observe-se como parte da doutrina aborda a questão dos alimentos compensatórios, com base

vestida de progressista, acaba por fomentar um olhar conservador, que se espera seja reparado, graças à imposição do dever de transparência analítica, presente na nova legislação processual. Por evidente, conforme a melhor doutrina, se o que se pretende é a prolação de uma decisão justa, torna-se evidente que o labor hermenêutico deve-se dar em moldes diversos do que vem sendo praticado.

“Pensar a motivação como sede material de justificação e como discurso ligado a decidir o caso de forma justa – isto é, voltado à tutela dos direitos numa perspectiva particular, a perspectiva das partes – significa dizer que a adoção, no plano teórico, de uma noção não cognitivista do direito (que aumenta a exigência da justificação) tem, como reflexo imediato e correspondente no plano do processo (da aplicação concreta do direito), uma igual elevação de exigências no campo da motivação da decisão judicial. A elevação das exigências de justificação decorrentes de uma concepção lógico-argumentativa do direito é diretamente proporcional à necessidade de elaboração de um mais acurado discurso da motivação (mais adequado a demonstrar as escolhas adotadas pelo intérprete no curso da atividade interpretativa). Refere a doutrina: ‘O impacto da tripla mudança no campo da fundamentação das decisões judiciais é muito significativo. A passagem da Estado Legislativo para o Estado Constitucional impõe fundamentação analítica para a aplicação de princípios e regras mediante postulados normativos para a caracterização de termos indeterminados, como eventual construção das consequências jurídicas a serem imputadas aos destinatários das normas’.

A prolação de uma decisão justa tem endereço voltado à resolução do caso concreto e, portanto, às partes. Compõe, conforme visto anteriormente, um dos fins do processo civil no Estado Constitucional [...]”²⁶

Assim, verifica-se a total coerência entre os novos ditames

em uma visão formal, além, é claro, de ser pautada evidente equívoco de premissa. Ver DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 548-549: “Produzindo o fim do casamento desequilíbrio econômico entre o casal, em comparação com o padrão de vida de que desfrutava a família, cabível a fixação de alimentos compensatórios. Em decorrência do dever de mútua assistência (CC 1.566, III), os cônjuges adquirem a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). Surge, assim, verdadeiro vínculo de solidariedade (CC 265), devendo o cônjuge mais afortunado garantir ao ex-consorte alimentos compensatórios, visando a ajustar o desequilíbrio econômico e a reequilibrar suas condições sociais. Faz jus a tal verba o cônjuge que não perceber bens, quer por tal ser acordado entre as partes, quer em face do regime de bens adotado no casamento, que não permite comunicação dos aquestos”.

26 MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 131-132.

processuais e a hermenêutica a ser aplicada ao Direito de Família, uma verdadeira ratificação das posições que a doutrina vem contemplando como verdadeiros pressupostos da interpretação das questões de família, as quais não vinham encontrando eco na jurisprudência pátria.

4. DO EXAME EXEMPLIFICATIVO: DA APLICAÇÃO DE PRECEDENTES E SÚMULAS, COM ÊNFASE EM QUESTÕES DE FAMÍLIA

Diante das premissas expostas, atinentes à aplicação dos incisos do parágrafo 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil e à relevância das novas regras no contexto do Direito de Família, cumpre destacar os efeitos práticos das novas disposições processuais, ainda que de forma exemplificativa, sem qualquer pretensão de esgotar-se a matéria.

Os incisos V²⁷ e VI²⁸ do artigo 489 do Código de Processo Civil são alguns dos exemplos a serem analisados, devido à imensa dificuldade que os juízes demonstram em evitar a aplicação formal da fundamentação através de precedentes²⁹ e jurisprudência no âmbito dos processos de família. Um dos temas que vem sendo apreciado de maneira reiterada, com base nesse viés, é a análise da incidência de pensão alimentícia acerca de “participação nos lucros e resultados” percebidos pelo alimentante. Observa-se na jurisprudência o argumento de “se tratar de verba incorporada à remuneração do alimentante”,³⁰

27 V – limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

28 “Deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, nem sem demonstrar a existência de distinção no caso de julgamento ou a superação do entendimento.”

29 Utiliza-se aqui a expressão “precedente” no sentido “persuasivo”, nos termos expostos por TESHEINER, José Maria Rosa. Sobre a fundamentação da sentença em precedente ou enunciado de súmula (CPC, art. 489, V). *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 16, nº 1333, 01º de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/341-artigos-set-2016/7725-sobre-a-fundamentacao-da-sentenca-em-precedente-ou-enunciado-de-sumula-cpc-art-489-v>>.

30 AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. FILHOS MENORES. REDUÇÃO. DESCABIMENTO. 1. Cabível o julgamento na forma do art. 557 do CPC, em face do entendimento da Câmara sobre a matéria. 2. A documentação constante nos autos não autoriza a redução dos alimentos aos filhos menores em antecipação de tutela. No decorrer da instrução processual, com a exposição fática e maior esclarecimento do contexto, pode ser readequado o encargo alimentar, se for o caso. 3. Por se tratar de verba incorporada à remuneração do alimentante, a pensão alimentícia incide sobre participação nos lucros

determinando-se, a partir disso, que a pensão alimentícia incida indiscriminadamente sobre a participação nos lucros e resultados do alimentante, partindo-se do argumento formal de que a referida verba incorpora-se à remuneração do mesmo. Para que se tenha a real ideia do quanto a análise de tal tema ocorre no âmbito formal, não raras vezes, os julgamentos se dão monocraticamente, fulcrados no disposto no artigo 557 do revogado Código de Processo Civil.^{31, 32, 33}

Agora, com o reforço da nova legislação processual acerca do dever de transparência analítica na fundamentação, e a consequente necessidade de materialização das decisões, evidente que haverá de se alterar a compreensão anterior ditada pelos tribunais. No caso da participação nos lucros e resultados, com a necessária incorporação ao pensionamento alimentar, abre-se espaço para um novo posicionamento por parte dos tribunais. A realidade é que, mesmo pela ótica da legislação processual anterior, jamais se poderia admitir uma análise meramente formal desse tema, com o entendimento de que sempre haverá de incidir o pensionamento sobre o valor dessa vantagem remuneratória adicional que o alimentante pode vir a receber, uma vez que o pensionamento alimentar, consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, é quantificado com base nas necessidades do alimentando e nas possibilidades do alimentante³⁴, mediante o exame

da empresa. RECURSO DESPROVIDO. (Agravado nº 70065095572, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 24/06/2015).

- 31 Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.
- 32 Criticando o excesso de aplicação do artigo 557 do CPC/73 nas questões de família, ver FITERMAN, Mauro, obra citada, p. 79-80: "Com isso, raros são os espaços, por exemplo, para decisões envolvendo questões de família que sejam proferidas com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil, com fundamento no aspecto *jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*. Esclarece-se que, muito embora sejam raros tais casos, em algumas situações ímpares, mormente quando se trata de questões de ordem meramente processual, a viabilidade existirá".
- 33 Interessa destacar que o atual Código de Processo Civil altera o que restava disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil revogado, com supressão de expressões que davam aos tribunais uma aparente licença para julgamentos monocráticos de índole formal. Nesse sentido, ver WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al., obra citada, p. 2088: "[...] No Código de 2015, a escorregadia e aberta expressão 'jurisprudência dominante', bem como a palavra 'improcedente' (em verdade, a expressão 'manifestamente improcedente') foram abolidas, preferindo-se substituí-las por 'situações objetivas' [...]".
- 34 Nesse sentido, ver FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito*

da proporcionalidade. Assim, qualquer pensionamento que venha a ser fixado com violação a esses requisitos, à evidência, não deverá prosperar.

Quanto à participação nos lucros e resultados, como elemento a ser incorporado à base do pensionamento, verificaram-se na prática jurídica casos em que o juiz, ao avaliar os requisitos antes destacados, concluía que esse incremento de valores, por vezes recebidos pelo alimentante, era imprescindível para a garantia do atendimento das necessidades do alimentando, ou seja, sem esses valores, a dignidade do alimentando não seria respeitada. Assim, nos casos em que as provas dos autos derem conta de que, sem esses valores adicionais, apenas com os valores regulares percebidos pela remuneração mensal do alimentante, o alimentando está suficientemente respaldado em suas necessidades, não se justifica a extensão do pensionamento alimentar aos valores recebidos a título de participação nos lucros e resultados.

Caberá, então, ao juiz, em cada caso concreto, proceder à fundamentação material, no que se refere à incidência do pensionamento sobre os valores recebidos por participação nos lucros e resultados, assegurada a transparência analítica determinada pela legislação, apontando-se para a necessidade de que essa verba venha agregar à pensão alimentícia, bem como até que ponto sua incorporação também condiz com os requisitos da possibilidade e da proporcionalidade.

Observe-se que somente assim será respeitado o princípio do devido processo legal³⁵, considerando-se não só sua visão instrumental, mas também substancial. A falta de atenção à substância das

civil. 7.ed. Volume 6: Famílias. São Paulo: Atlas, 2015, p. 733: "Para fixação do *quantum* alimentar, portanto, leva-se em conta a *proporcionalidade* entre a *necessidade* do alimentando e a *capacidade* do alimentante, evidenciando um verdadeiro trinômio norteador do arbitramento da pensão".

- 35 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 105: "O processo deve ser devido porque, em um Estado Democrático de Direito, não basta que o Estado atue de qualquer forma, mas deve atuar de uma específica forma, de acordo com as regras preestabelecidas e que assegurem, amplamente, que os interessados na solução da questão levada ao Judiciário exerçam todas as possibilidades de ataque e de defesa que lhe pareçam necessárias, isto é, de *participação*. [...] Pelas razões apresentadas no parágrafo anterior, o princípio do devido processo legal é considerado por boa parte da doutrina como um 'princípio-síntese' ou 'princípio de encerramento' de todos os valores ou concepções do que se entende como um processo justo e adequado, isto é, como representativo suficiente de todos os demais indicados pela própria Constituição Federal e, em geral, desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência".

normas do artigo 489 do Código de Processo Civil implicará, por certo, agressão à finalidade constitucional, que é concretizada pelo referido princípio, as quais, ao fim e ao cabo, representam a concretização do Estado Democrático de Direito, tendo em vista o respeito a um direito fundamental.³⁶

Outro exemplo a ser observado é o do artigo 528 do CPC/2015 em seu parágrafo 7º, que repete a previsão da Súmula 309 do STJ/2005³⁷, no sentido de que o débito alimentar que autoriza a prisão do devedor de alimentos é aquele que corresponde às três prestações anteriores ao ajuizamento da execução – hoje, cumprimento de sentença –, somadas às vincendas no curso do processo.

A referida prisão não apresenta cunho satisfativo, cabendo apenas como mecanismo coercitivo sobre o devedor, tanto que, mesmo preso, o executado continua a ser devedor (art. 528, § 5º do CPC/2015). Com o pagamento da dívida, será suspenso o decreto de prisão ou liberado o executado se a prisão já tiver se concretizado. Mesmo sendo medida extrema – de caráter excepcional, em virtude da normatividade constitucional brasileira –, não é demasiado afirmar que a sua aplicação tem ocorrido formalmente nos tribunais pátrios. No entanto, com o advento do inciso V, do parágrafo 1º do Código de Processo Civil, abre-se um novo capítulo acerca de *modus operandi* de aplicação da referida súmula.

Diz-se tratar de novo capítulo porque a ideia de fundamentação material, com transparência analítica das decisões judiciais, que impõe a necessidade de identificação de “fundamentos determinantes”, os quais demonstrem que “o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, acaba por determinar que incidência do enunciado da

36 ASSIS, Araken de, obra citada, p. 441: “Em síntese larga, o direito fundamental das partes abrange ‘a exposição dos fatos relevantes para a solução do litígio e a exposição das razões jurídicas do julgamento’. É típico trabalho de gabinete. O fascinante e exaustivo trabalho intelectual que empolga as pessoas investidas em função judicante. Não há motivo para resistir ao artigo 489, parágrafo 1º. Ao contrário, as exigências cativam o juiz e a juíza operosos e conscientes da sua elevada missão constitucional”.

37 Súmula 309: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

súmula somente se verifique quando esses requisitos estiverem presentes, mediante uma análise tópica e sistemática. Isso pode representar o afastamento da aplicação, em determinadas situações, bem como o acolhimento, em outras, nas quais, pela ótica anterior, por meio de análise formal, a aplicação era indiscriminada.

Já existe posicionamento doutrinário³⁸, por exemplo, que dá conta da análise do adimplemento substancial da obrigação alimentar como fator a relativizar a incidência da Súmula 309 do STJ, em especial quando se verifica, a partir de uma interpretação teleológica, que a incidência da súmula levaria a uma deturpação da medida excepcional de prisão civil, rompendo com a própria normatividade constitucional. Da mesma forma, a relativização pode dar-se em sentido inverso, quando, do caso concreto, denotar-se a necessidade de implementação da medida coercitiva de prisão civil, mesmo em extensão maior que a prevista na súmula, a fim de garantir a dignidade mínima do alimentando. No que tange a esse último exemplo, vale destacar a decisão abaixo ementada, proferida no ano de 2002, mas que estaria em total consonância com os ditames do atual artigo 489, objeto deste estudo.

“Habeas Corpus. Prisão Civil. Alimentos. Débito atual e pretérito. Devedor contumaz. Circunstâncias do caso concreto. Constrangimento ilegal. Inocorrência. O entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de afastar o decreto de Prisão Civil com relação a dívida alimentar antiga, só se impondo a custódia do alimentando relativamente à falta de pagamento das três últimas pensões alimentícias, não constitui regra absoluta. 2. Inexiste constrangimento ilegal no decreto de prisão fundado em débito alimentar atual e pretérito, quando evidenciada a busca imediata da satisfação de seu crédito por parte do alimentando e a utilização de manobras para procrastinar o feito executório, por parte do alimentante, devedor contumaz.”³⁹

A nova disposição processual, com base nos incisos do parágrafo

38 FITERMAN, Mauro, obra citada, p. 132: “9. O que deve restringir e relativizar a Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, independentemente de um pagamento ter sido efetuado de modo integral ou parcial, é que esse pagamento seja suficiente para inibir as necessidades imediatas do credor (caráter emergencial) e, assim, não violar a sua dignidade como pessoa humana, configurando-se, por isso, um adimplemento substancial”.

39 Habeas Corpus – TJES, Processo 100010015749, Vitória, Primeira Vara de Família, Primeira Câmara Cível. Des. Titular Annibal Rezende Lima (julgado em 18/12/2002).

primeiro do artigo 489 do Código de Processo Civil, como se vê, impulsiona uma postura jurisdicional que guarda maior consonância com as normas constitucionais, particularmente os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O dever fundamentação das decisões judiciais não é novidade no sistema jurídico brasileiro, eis que já era norma vigente desde o advento da Constituição Federal de 1988. Entretanto, a regra do artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015 é instrumento de concretização desse dever, o que seguramente lhe confere maior efetividade.

2. A nova regra processual, ao disciplinar o *modus operandi* da fundamentação das decisões judiciais, por certo adotou como premissa o critério da transparência, segundo o qual, conforme os parágrafos do artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015, verifica-se ser analítica.

3. O parâmetro para que se considere uma decisão fundamentada, ao contrário do que poderia parecer em um primeiro momento, não é a sua extensão, mas a obediência aos critérios constantes da nova disposição processual, com destaque para a transparência da correlação entre a norma a ser aplicada e os fatos do caso concreto. Com base nessas novas concepções, estarão atendidos os princípios do devido processo legal e do contraditório, bem como estará preservado o Estado Democrático de Direito.

5. Os efeitos das alterações da legislação processual potencializam-se no Direito de Família, devido a peculiaridades próprias desse ramo do Direito Civil, diante da ideia de “tutela do conteúdo material das questões de família”, que impõe um exame sistemático, mas necessariamente tópico, ou seja, que enfrente o caso concreto a ser tutelado.

6. Caberá ao julgador, além de proceder a esse labor hermenêutico, efetivar a transparência analítica, construindo, ou mesmo encontrando, a norma do caso concreto. Assim, desaparece, em

definitivo, o espaço que era ocupado pelas abordagens formais.

7. Várias serão as situações nas quais se verificarão as consequências práticas da alteração na legislação processual diante da evidente mudança de rumo a ser seguida pela jurisprudência nas causas de família.

8. A título exemplificativo, é possível citar algumas situações em que os tribunais mantinham determinada conduta e, agora, essa conduta deverá ser alterada. Como exemplo inicial, pode-se mencionar os casos de demandas alimentares, nas quais se discute acerca da incidência do pensionamento sobre a participação nos lucros e resultados do alimentando. Nesses casos, devido a uma abordagem formal, desprovida de coerência com nova concepção da legislação processual, determinava-se indiscriminadamente a incidência da pensão sobre essa verba, mediante a pragmática assertiva de que ela compõe a remuneração do alimentante, com base em precedentes jurisprudenciais que continham essa definição. Desse modo, sem que houvesse a abordagem material, desprezavam-se os parâmetros consagrados na doutrina referente à fixação da obrigação alimentar, em especial o requisito da necessidade do alimentando. A partir de então, caberá ao juiz, em cada caso concreto, proceder à fundamentação material, no que tange a incidência do pensionamento sobre os valores recebidos por participação nos lucros e resultados, considerando-se a transparência analítica determinada pela legislação.

9. Ainda a título de exemplo, pode-se referir a situação da incidência da Súmula 309 do STJ, atinente ao pedido de cumprimento de sentença de obrigação alimentar, sob pena de prisão. A ideia de fundamentação material, com transparência analítica, das decisões judiciais impõe a necessidade de identificação de “fundamentos determinantes”, os quais demonstrem que “o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, determinando que a incidência do enunciado da súmula em voga somente se verifique quando esses requisitos estiverem presentes, mediante uma análise tópica e sistemática, representando, por vezes, o afastamento da aplicação, em determinadas

situações, bem como o acolhimento, em outras, nas quais, pela ótica anterior, de acordo com a análise formal, a aplicação era indiscriminada.

10. Por fim, a nova disposição processual, com base nos incisos do parágrafo primeiro do artigo 489 do Código de Processo Civil, impulsionará uma postura jurisdicional condizente com a normatividade constitucional, de modo a garantir a concretização do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ARAKEN, Assis de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2.ed. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8.ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 7.ed. Volume 6: Famílias. São Paulo: Atlas, 2015.
- FITERMAN, Mauro. *Direito de família contemporâneo: temas controversos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado artigo por artigo*. Salvador: Jus Podium, 2016.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de (orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. São Paulo: Campus Jurídico, 2008.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- TESHEINER, José Maria Rosa. Sobre a fundamentação da sentença em precedente ou enunciado de súmula (CPC, art. 489, V). *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 16, n. 1333, 01º de setembro de 2016.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A DISCIPLINA DA PROVA NO CÓDIGO CIVIL: PROPOSTA PARA UM DIÁLOGO COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Gustavo Tepedino¹

Francisco de Assis Viégas²

SUMÁRIO: 1. A prova (entre o direito civil e o direito processual civil) na complexidade do ordenamento. 2. Prova e forma do negócio jurídico: a chamada forma *ad probationem*. 3. O CPC/2015, a prova documental e as novas tecnologias. 4. Notas conclusivas.

1. A PROVA (ENTRE O DIREITO CIVIL E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL) NA COMPLEXIDADE DO ORDENAMENTO

A funcionalização das normas e institutos do direito civil à axiologia constitucional, com a consequente remodelação da dogmática da teoria geral do direito, situa-se no contexto mais amplo de harmonização das fontes normativas a partir da precedência hierárquica da Constituição. Se o direito é realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, que se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado. Tal o único método capaz de, superando o positivismo dogmático e o realismo sociológico, garantir estabilidade ao direito, como ordenamento unitário de uma sociedade multifacetada e em contínua mutação.³

- 1 Professor Titular de Direito Civil e ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Sócio fundador do escritório Gustavo Tepedino Advogados.
- 2 Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado.
- 3 Segundo leciona Pietro Perlingieri: “L’ordinamento, tuttavia, non si esaurisce nella complessità della sua genesi legislativa e normativa; la complessità dell’ordinamento è data dall’impatto con il sistema socio-culturale di appartenenza, che non è aspetto fattuale privo di capacità condizionante. Ma à aspetto strutturale conformativo e adeguatore e, quindi, realmente contenutistico dello ius. Societas è cultura, e questa vive nel momento applicativo, creativo dell’ordinamento del caso concreto, attraverso anche la cultura degli ope-

O conceito de ordenamento pressupõe o conjunto de normas destinadas a ordenar a sociedade segundo determinado modo de vida historicamente determinado.⁴ Por ser o ordenamento jurídico composto por uma pluralidade de fontes normativas, apresenta-se necessariamente como sistema heterogêneo e aberto; daí a sua complexidade que, por sua vez, só alcançará a unidade caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade.⁵ Tal pluralidade de fontes normativas, contudo, não pode significar perda do fundamento unitário característico da própria noção de ordenamento, devendo sua harmonização se operar de acordo com a Constituição, que o recompõe continuamente, conferindo-lhe, assim, a natureza de sistema. Ou seja, a pluralidade de núcleos legislativos deve conviver harmonicamente com a noção de unidade do ordenamento. Do ponto de vista da teoria da interpretação, mostra-se imprescindível que a pluralidade de fontes normativas não acarrete a ruptura do sistema, disperso em lógicas setoriais, em detrimento da unidade essencial ao próprio conceito de ordenamento.⁶

O desafio do jurista de hoje encontra-se em lidar com a

ratori: giudici, avvocati, notai, funzionari. In tal modo l'esperienza arricchisce la norma, la plasma e la rende effettiva" (Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente, *Rassegna di diritto civile*, vol. 1/2005, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 192).

4 Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*: introdução ao direito civil constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 2.

5 "A complexidade do ordenamento, em última análise, não decorre apenas de sua gênese – análise estrutural entre direito interno e externo e distinção cronológica e hierárquica da produção normativa – mas da tensão dialética representada por sua inserção na realidade social. A experiência vivida forja a norma, e a cultura – como complexo de experiências econômica, religiosa, política, tecnológica – condiciona internamente o sistema jurídico e, conseqüentemente, a teoria da interpretação, que assume necessariamente feição procedimental e dinâmica na formulação, pelo magistrado, da norma interpretada, ou do ordenamento do caso concreto, promulgado em cada sentença" (Gustavo Tepedino, O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa, in Gustavo Tepedino et al. (coord.), *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 22).

6 "Nessa perspectiva, há de se criticar a preferência linguística pela expressão microsistema para designar núcleos normativos que, a despeito de suas características estatutárias e multidisciplinares, não podem ser interpretados de maneira autônoma, apartado dos valores comuns ao sistema jurídico, o qual, embora aberto e plural, mostra-se necessariamente unitário, no âmbito do qual a Constituição da República se situa em posição hierárquica superior e prevalente. Em outros termos, para que se construa dogmática consentânea com a noção de sistema, revela-se imprescindível a utilização de teoria da interpretação única e não formalista, em que cada norma infraconstitucional seja aplicada conjuntamente com os princípios constitucionais. A reunificação do sistema só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição" (Gustavo Tepedino, Diálogos entre fontes normativas na complexidade do ordenamento, Editorial, *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 5, 2015, pp. 6-7).

complexidade dos núcleos normativos que caracterizam o sistema, composto pela Constituição, leis gerais, especiais, tratados internacionais, promulgados em experiências culturais e momentos históricos diferenciados. Diálogo de fontes, portanto, há de ser perseguido, sem que tal formulação dialética se deixe transformar, arbitrariamente, em monólogo, em que se privilegiasse arbitrariamente o Código Civil ou qualquer outro núcleo normativo.⁷

A ampla controvérsia atinente à disciplina da prova bem simboliza a dificuldade de parte da doutrina em lidar com a pluralidade de fontes normativas.⁸ A opção levada a cabo pelo legislador ao instituir, no Código Civil, título dedicado à prova (artigos 212 a 232),⁹ gerou críticas, sendo possível afirmar que ainda hoje constitui objeto de disputas quanto à natureza – processual ou material – da prova, havendo quem considere verdadeiro “retrocesso científico” a regulamentação da prova no Código Civil.¹⁰ A resistência deve-se, em larga medida, à concepção das disciplinas jurídicas como compartimentos estanques, fundada na crença oitocentista dos monumentos legislativos completos e autossuficientes.

Nada obstante, a disciplina da prova inserida no Código Civil convive com a normativa presente no Código de Processo Civil de

7 Sobre o tema, em perspectiva distinta, v. Claudia Lima Marques, Diálogo das fontes, in Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin, Leonardo Roscoe Bessa, *Manual de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 135-154. Cfr., ainda, a formulação de Erik Jayme, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de la Haye, 1955, II, p. 33 e ss.

8 Washington de Barros Monteiro observa a “imensa dificuldade para a perfeita localização de sua teoria, que se situa nas confrontações do direito público e do direito privado. Deparam-se realmente numerosos dispositivos sobre tal matéria, tanto no direito civil como no comercial e no judiciário. Essa dispersão embarça sobremaneira a sistematização do direito probatório” (*Curso de Direito Civil*, vol. 1: parte geral, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 294). José Carlos Barbosa Moreira anota que a legislação brasileira sobre prova fica “dividida entre dois códigos (...). Destarte, nosso direito probatório de hoje é o resultado da superposição de dois retículos normativos, com pontos e espaços que nem sempre coincidem” (Anotações sobre o Título “Da prova” do novo Código Civil, *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol. 22, 2005, pp. 97-99).

9 Como se sabe, o Código Civil de 1916 tratava, nos artigos 129 a 144, da “forma dos atos jurídicos e da sua prova”.

10 Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 385. Segundo os autores, “embora vários temas sobre a prova venham às vezes tratados na lei civil, trata-se de autêntica matéria processual – porque falar em provas significa pensar na formação do convencimento do juiz, no processo. Mas o novo Código Civil invadiu radicalmente essa área, com disposições de caráter nitidamente processual, o que constitui retrocesso científico”.

2015, que dedica um capítulo às provas, nos termos dos artigos 369 a 484. Torna-se necessário, por isso mesmo, harmonizar a normativa vigente a partir da função da prova – sua finalidade e razão de ser –, superando assim controvérsias baseadas exclusivamente na análise estrutural dos dispositivos.

De acordo com conceituada definição, a prova consiste no “conjunto dos meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de um ato jurídico”.¹¹ Daí desenvolver-se a teoria da prova em “zona fronteiriça” entre o direito material e o processual.¹² Procura-se, com isso, delimitar os respectivos campos regulados pela lei civil e pela lei processual, incorrendo por vezes no equívoco de fundamentar o raciocínio em modelos binários incompatíveis com a perspectiva unitária e sistemática do ordenamento.¹³ Afirma-se, nessa direção, que ao direito civil caberia “determinar os requisitos para a validade da emissão volitiva, bem como pronunciar-se a respeito do valor de certo meio de prova do negócio jurídico”, enquanto à lei processual “fica reservado, por exemplo, a atribuição de disciplinar o modo através do qual os advogados dos litigantes deverão se utilizar, bem como o tempo processual oportuno, para a demonstração da existência e validade do negócio jurídico”.¹⁴ Em matiz semelhante, afirma-se que “ao

- 11 Clovis Bevilacqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908, p. 321. O conceito é amplamente adotado pela doutrina clássica. V. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 381. José Carlos Barbosa Moreira, discorrendo sobre a função da prova no processo, afirma que “as provas constituem as pontes através das quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz (*nihil est intellectu quod prius non fuerit in sensu*)” (Anotações sobre o Título “Da prova” do novo Código Civil, cit., p. 105).
- 12 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 493; Clovis Bevilacqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 323.
- 13 Conforme observa Pietro Perlingieri, “a unidade interna não é um dado contingente, mas, ao contrário, é essencial ao ordenamento, sendo representado pelo complexo de relações e de ligações efetivas e potenciais entre as normas singulares e entre os institutos”. Afirma o autor, ainda, que “um ordenamento a-sistemático, isto é, feito de normas que não exprimem relações internas, não encontrou até hoje uma verificação histórica. (...) Se o critério de fundação do sistema privilegia o conteúdo sobre a forma (*contentutistico*), sendo, portanto, fruto de elaboração, das correlações entre um e outro instituto, o sentido do sistema se deduz não no esplêndido isolamento da relação do intérprete com o conteúdo de cada norma, mas sempre confrontando cada norma com todas as outras, verificando a sua coerência constitucional” (*Perfis de direito civil*, cit., pp. 77-78).
- 14 Carlos Santos de Oliveira, Da prova dos negócios jurídicos, in Gustavo Tepedino (coord.), *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*: parte geral, Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 500. Clovis Bevilacqua afirma que “cabe ao direito civil determinar as provas dos atos jurí-

direito civil cabe realizar a determinação das provas, indicar seu valor jurídico e suas condições de admissibilidade” e “ao direito processual, são reservadas as atribuições de fixar o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo”.¹⁵

Apesar da grande importância atribuída pela doutrina à definição da natureza das normas sobre a prova, mediante a indicação de campos específicos em que prevaleceria a disciplina material ou processual, verifica-se que não são raras as oportunidades em que o Código Civil e o Código de Processo Civil veiculam normas com função idêntica, frustrando as tentativas de segmentar, em mirada abstrata e generalizante, os domínios da prova no direito civil e no direito processual. Ilustrativamente, basta confrontar alguns dispositivos do Código Civil com outros do Código de Processo Civil: o artigo 214 do Código Civil prevê que “a confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação”, em redação idêntica à do artigo 393 do CPC;¹⁶ o artigo 219, *caput*, do Código Civil, por sua vez, estatui que “as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”, enquanto o artigo 408, *caput*, do CPC, estabelece que “as declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado

- dicos, indicar-lhes o valor legal e as condições de sua admissibilidade, porque, nesses diversos momentos, as provas fazem corpo com a forma dos atos, orientam e limitam a atividade das pessoas na ordem jurídica. Ao direito processual pertence estabelecer os modos de constitui-las e de produzi-las em juízo” (*Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 323). As dificuldades presentes em tais proposições revelam-se presentes até mesmo ao se analisar a divisão proposta por outros autores, como se percebe da descrição de José Carlos Barbosa Moreira sobre a lição clássica da doutrina, segundo a qual ao direito substantivo caberia disciplinar questões relativas “à essência das provas, à sua admissibilidade, aos seus efeitos, às pessoas que devem ministra-las” (Anotações sobre o Título “Da prova” do novo Código Civil, cit., p. 98).
- 15 Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Prova do fato jurídico do Código Civil de 2002, in Mário Luiz Delgado; Jones Figueirêdo Alves (coord.), *Questões controvertidas*: parte geral do Código Civil, São Paulo: Método, 2007, p. 590. Seguindo o raciocínio, afirma o autor: “enquanto o Direito Civil define os meios de prova, enuncia os lineamentos do regime a que deve se submeter a comprovação do fato jurídico (em sentido amplo) – em especial a declaração de vontade –, ao direito processual incumbe estabelecer a técnica de apresentação e valoração da prova em juízo. Em resumo: a) nos casos em que houver litígio levado ao conhecimento do Poder Judiciário, o Direito Processual terá a missão de disciplinar a técnica de demonstração concreta do valor de suas pretensões, enquanto que o Direito Civil determinará o valor intrínseco dos meios de prova; b) nos demais casos, incumbe exclusivamente ao Direito Civil definir quais são os meios de prova de que os interessados (não litigantes ou contendores) devem se valer para provar qualquer fato jurídico” (Prova do fato jurídico do Código Civil de 2002, cit., p. 591).
- 16 “Art. 393. A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação”.

presumem-se verdadeiras em relação ao signatário”.¹⁷

Diante desse cenário, mais importante que forjar os âmbitos civil e processual da prova, ou, ainda, advogar seu caráter predominantemente material ou formal,¹⁸ afigura-se compreender o sentido da regulamentação da prova tanto no Código Civil quanto no Código de Processo Civil. Desse modo, ainda que persista o entendimento de que “a natureza das normas probatórias, como instrumento para a resolução de conflitos e a demonstração dos fatos em juízo, tem caráter predominantemente processual”,¹⁹ mostra-se mais profícuo estabelecer,

- 17 No cotejo entre o Código Civil e o Código de Processo Civil verifica-se, com efeito, diversos dispositivos semelhantes ou destinados a regulamentar um mesmo aspecto na disciplina da prova. V., ao propósito, os seguintes artigos do CPC, que guardam relação com a disciplina do Código Civil: “Art. 413. O telegrama, o radiograma ou qualquer outro meio de transmissão tem a mesma força probatória do documento particular se o original constante da estação expedidora tiver sido assinado pelo remetente. Parágrafo único. A firma do remetente poderá ser reconhecida pelo tabelião, declarando-se essa circunstância no original depositado na estação expedidora. Art. 414. O telegrama ou o radiograma presume-se conforme com o original, provando as datas de sua expedição e de seu recebimento pelo destinatário. (...) Art. 417. Os livros empresariais provam contra seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos. Art. 418. Os livros empresariais que preencham os requisitos exigidos por lei provam a favor de seu autor no litígio entre empresários. (...) Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida. (...) Art. 425. Fazem a mesma prova que os originais: I – as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências ou de outro livro a cargo do escrivão ou do chefe de secretaria, se extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas; II – os traslados e as certidões extraídas por oficial público de instrumentos ou documentos lançados em suas notas; III – as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório com os respectivos originais; IV – as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade; V – os extratos digitais de bancos de dados públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem; VI – as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, quando juntadas aos autos pelos órgãos da justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pela Defensoria Pública e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração. § 1º. Os originais dos documentos digitalizados mencionados no inciso VI deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para propositura de ação rescisória. § 2º. Tratando-se de cópia digital de título executivo extrajudicial ou de documento relevante à instrução do processo, o juiz poderá determinar seu depósito em cartório ou secretaria”.
- 18 Para uma análise das diversas correntes sobre a natureza jurídica (material ou processual) da prova, v. Marici Giannico, *A prova no Código Civil: natureza jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 119-157; Hermenegildo de Souza Rego, *Natureza das normas sobre prova*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pp. 15-88.
- 19 Fernanda Tartuce, Meios de prova no Código de Processo Civil e no Código Civil, in Flávio Tartuce e Ricardo Castilho (coord.), *Direito patrimonial e direito existencial: estudo em homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*, São Paulo: Método, 2006, p. 168. Na mesma direção: Alexandre Freitas Câmara, Das relações entre o Código Civil e o direito processual civil, in Fredie Didier Jr e Rodrigo Mazzei (coord.), *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*, Salvador: JusPodivm, 2006, pp. 116-117.

conforme a concepção sistemática do ordenamento, os pontos de interação entre essas fontes normativas. Ao propósito, não parece infundado atribuir à vetusta distinção entre fato social e fato jurídico²⁰ a difusa afirmação de que as normas sobre a prova no Código Civil se limitam “ao aspecto substancial da prova, ou seja, daquilo que, em regra, deve influir sobre o regime dos negócios e atos jurídicos”,²¹ de modo que sua aplicabilidade seria mais restrita em relação à disciplina processual.²²

A rigor, todo fato social interessa ao direito, já que, plasmado pela tábua axiológica do sistema, interfere, ao menos potencialmente, na convivência social, encontrando-se, portanto, no espectro de incidência do ordenamento jurídico.²³ Desse modo, “quando se fala em ato jurídico, o que se tem em vista é a relevância do acontecimento para o Direito”,²⁴ não sendo por isso mesmo suficiente a percepção de que a normativa do Código Civil possuiria aplicação limitada a certos fatos, conforme a classificação adotada.²⁵

Investigando-se as razões da opção pela disciplina civil da prova – além do fato de representar reminiscência histórica da relação entre a forma e a prova do negócio jurídico –, nota-se a preocupação com a denominada “prova extrajudicial”, tendo em

- 20 Conforme já observado em outra sede, “parece arbitrário considerar alguns fatos simplesmente alheios ao direito, ou despidos de relevância ou pressupostos de eficácia, já que a experiência normativa alcança integralmente a vida social, mesmo os espaços de liberdade que o direito, valorando-os, preserva deliberadamente contra qualquer tipo de regulamentação” (Gustavo Tepedino, *Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos*, *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. I, 2014, p. 13).
- 21 Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. III, t. II, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 459. V., ainda, Flávio Tartuce, O tratamento das provas no Código Civil e o impacto do novo CPC, in *O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações*, São Paulo: Método, 2015, pp. 171-173.
- 22 Em perspectiva contrária à restrição da incidência do Código Civil, já se destacou ser “injustificável, do ponto de vista lógico, a ideia de que as provas arroladas no art. 212 não possam referir-se a fatos simples” (José Carlos Barbosa Moreira, *Anotações sobre o Título “Da prova” do novo Código Civil*, cit., p. 101). No mesmo sentido: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Prova do fato jurídico do Código Civil de 2002*, cit., p. 590.
- 23 Afirma Pietro Perlingieri: “Fato” não é um termo com um único significado: o ‘fato’ objeto de exame de uma ciência natural não é o ‘fato’ objeto de uma ciência prática (como o direito), para a qual o fato é todo evento que invoque a ideia de convivência (ou do caráter relacional)” (*O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 640).
- 24 João Baptista Villela, Do Fato ao Negócio: em busca da precisão conceitual, in *Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 259.
- 25 Acerca da classificação dos fatos jurídicos, v. Gustavo Tepedino, *Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos*, cit., p. 16.

vista que o Código de Processo Civil destinar-se-ia à regulamentação da prova exclusivamente no âmbito do processo judicial. Nessa direção, observou-se em relação à disciplina da prova no Projeto do Código Civil de 2002: “com referência à prova, considerou-se que essa essencialmente se faz em juízo. Mas como também há a necessidade muitas vezes de prova extrajudicial, manteve-se a sua disciplina no Projeto”.²⁶ Considerando, portanto, que a prova dos fatos pode ser de extrema relevância também fora dos Tribunais,²⁷ afirma-se a pertinência da regulamentação civil da prova.²⁸ Na legalidade constitucional, certo é que, diante de determinado suporte fático, o intérprete não deverá excluir aprioristicamente a aplicação das normas que disciplinam a prova, seja no Código Civil, seja no Código de Processo Civil. Antes, faz-se necessário, rejeitando-se a subsunção mecânica e acrítica das regras de um ou outro diploma, compor de forma harmoniosa as fontes normativas, tendo como fundamento central e critério valorativo a Constituição da República.²⁹

26 José Carlos Moreira Alves, A parte geral do Projeto do Código Civil, Revista CEJ vol. 3, n. 9., 1999. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/231/393>. Acesso: 13.2.2017.

27 Afirma Pontes de Miranda: “Dizer-se que prova é o ato judicial, ou processual, pelo qual o juiz se faz certo a respeito do fato controverso ou do assento duvidoso que os litigantes trazem a juízo (cf. Melo Freire, *Institutiones*, IV, 126: “*Probatio est actus iudicialis, quo litigantes iudici de facto controverso, vel de re dubia fidem in iudicio faciunt*”) é processualizar-se, gritantemente, a prova. A adução, introdução ou representação da prova tanto pode ser em juízo quanto fora dele. O herdeiro paga as dívidas do decujo, que se lhe cobram, com as provas produzidas; e aquelas pessoas que têm muitos negócios exigem que se apresentem as faturas, com as provas, para que se lembrem das contas que não de pagar. Pensar-se em prova judicial quando se fala de prova é apenas devido à importância espetacular do litígio, nas relações jurídicas entre os homens. As provas destinam-se a convencer da verdade; tal o fim” (*Tratado de Direito Privado*, t. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 523). No Código Civil, pode-se mencionar, ilustrativamente, hipóteses em que a prova se mostra relevante fora do processo judicial. O artigo 74 prevê que a mudança de domicílio, transferindo a residência, opera-se “com a intenção manifesta de o mudar” e, em seu parágrafo único, estabelece que “a prova da intenção resultará do que declarar a pessoa às municipalidades dos lugares, que deixa, e para onde vai, ou, se tais declarações não fizer, da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanharem”. Da mesma forma o artigo 118, ao prever que “o representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem”.

28 Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Prova do fato jurídico do Código Civil de 2002, cit., pp. 590-591. Na mesma direção, Fredie Didier Jr. alude à utilidade da disciplina do Código Civil em relação à “prova extrajudicial” (*Regras processuais no novo Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 30).

29 Na lição de Pietro Perlingieri, “o papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional (...). A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individuação dos problemas. A tais

2. PROVA E FORMA DO NEGÓCIO JURÍDICO: A CHAMADA FORMA AD PROBATIONEM

Como visto, o Código Civil, ao contrário do Código anterior, positivou a prova em Título próprio, independente da regulamentação do negócio jurídico. A opção legislativa, contudo, não impediu que se mantivesse a confusão entre forma do negócio jurídico e prova dos fatos jurídicos. Ao tratar da forma dos negócios jurídicos, destaca-se em doutrina que a forma constitui o meio para exprimir a vontade interna,³⁰ de modo que “não há negócio sem forma”.³¹ No que interessa ao controle de merecimento de tutela dos atos de autonomia privada, contudo, tratar da forma do negócio jurídico significa verificar por quais meios o ordenamento permite que a autonomia privada promova a auto-regulamentação eficaz dos interesses.

No sistema atual, reafirmou-se o princípio da liberdade das formas, positivado no artigo 107 do Código Civil, segundo o qual “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”. Desse modo, como se sabe, apenas nas hipóteses em que a lei exige determinada forma poder-se-á falar em requisito formal. Assim ocorre, por exemplo, nos contratos de doação (artigo 541 do Código Civil), de fiança (artigo 819 do Código Civil), e na transação (artigo 842 do Código Civil), em relação aos quais o Código expressamente exige forma específica. De outra parte, não prevendo a lei a adoção de determinada forma, preserva-se a liberdade para pactuar da forma que melhor convier ao interessado.³² Com isso, nos negócios não solenes, o acordo verbal

problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo” (*Perfis do direito civil*, cit., p. 6).

30 Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, vol. 1, cit., p. 292.

31 Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 126. Destaca o autor: “importa é não fazer a confusão elementar de entender que somente os negócios com forma prescrita é que têm forma, sem se dar conta de que todos eles, inclusive os de forma livre, não de ter uma forma, do contrário, inexisteriam”.

32 Não se trata, vale destacar, de raciocínio pautado na lógica “regra e exceção”. Como observa Pietro Perlingieri, a concepção que sustenta a excepcionalidade do requisito formal de validade encontra-se arraigada na configuração da “*autonomia negoziale come un valore in sé, quasi un dogma, e tutto ciò che è destinato a specificarlo come un limite esterno per di più eccezionale*” (Pietro Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Collana: Publica-

pode gerar direitos e obrigações do mesmo modo que o acordo celebrado por escritura pública. Em relação à forma, portanto, o objeto central de investigação consiste em analisar se a forma adotada no negócio jurídico atende às exigências legais. Verificando-se que a forma adotada corresponde ao que determina a lei – obedecendo à eventual especificação de forma para determinado negócio ou, quando não especificado, sendo celebrado por qualquer forma –, não deve haver dúvidas quanto à validade do negócio jurídico, esgotando-se aqui o controle relacionado à forma.

A prova, por sua vez, na medida em que se relaciona à comprovação de certo fato, não se confunde com a forma, embora com ela guarde pertinência, considerando que, se todos os fatos jurídicos se exteriorizam de alguma forma, a percepção dessa forma no meio social é que poderá servir como fonte de prova.³³ Miguel Maria de Serpa Lopes afirma, nessa direção, que, “a despeito da conexão íntima entre a forma e a prova do negócio jurídico, impõe-se não confundir as duas noções. Enquanto a forma é um conjunto de solenidades destinado a dar eficácia à declaração de vontade, a prova representa (...) o conjunto de meios comprobatórios da existência do ato”.³⁴

zioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, 51, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1987, pp. 35-36). E prossegue: “l'autonomia non è il prius, la regola – come tale non bisognosa di legittimazione –; e la forma vincolata dell'atto non è limite esterno, il posterius, eccezionale e indefettibilmente tassativo. (...) la funzione della prescrizione sulla forma può essere ispirata a ragioni di garanzia e di promozione di interessi e di valori anche se diversi dalla generica e formale libertà”. O autor destaca que “ogni forma è disposta non per una funzione qualsiasi ma per una funzione che sia comunque costituzionalmente apprezzabile. Si tratta di esprimere non un giudizio di opportunità nell'ambito di una discrezionalità riservata al legislatore ordinario ma di un giudizio di idoneità rispetto a interessi preminenti che supera una astratta valutazione in termini di ragionevolezza assoluta” (Pietro Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 61).

33 A relação entre forma e prova é destacada por Anderson Schreiber: “A forma do contrato desempenha historicamente uma dupla função: por um lado, alerta os contratantes para a seriedade do vínculo contratual, fazendo-os refletir sobre a contratação antes de concluí-la em definitivo. Por outro lado, serve, perante os próprios contratantes e a sociedade, como meio de prova da formação do contrato e do seu conteúdo” (Contratos eletrônicos e consumo, *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. I, 2014, p. 98). Manifesta-se em sentido semelhante Silvio de Salvo Venosa, para quem formas são “fatores externos que fazem a vontade extravasar os limites do pensamento, do raciocínio singelo, que por si sós não podem ter efeito jurídico. É por meio da forma que existe a comunicação; tal comunicação ganhará contornos jurídicos dependendo da direção imposta pelo agente. Ao mesmo tempo que serve para exteriorizar a vontade, a forma serve de prova para o negócio jurídico” (*Direito Civil*, vol. I, São Paulo: Atlas, 2005, p. 629).

34 *Curso de Direito Civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 381. Na lição de Washington de Barros Monteiro, “não se deve confundir a forma com a prova dos negócios

Estabelecida tal distinção, observa-se que, havendo requisito formal de validade do negócio jurídico, e vindo este a ter sua existência contestada, a comprovação do negócio apenas surtirá efeitos caso observe a forma exigida em lei. Assim, por exemplo, se o doador nega que tenha celebrado contrato de doação de automóvel de luxo, eventual esforço do donatário no sentido de comprovar o negócio por meio de testemunhas será em vão, tendo em vista que, não obstante possa comprovar o fato de que o doador se manifestou oralmente no sentido de doar o bem, tal fato não se qualifica como contrato de doação.³⁵ Ao reverso, ausente qualquer requisito formal de validade do negócio, e vindo este a ter sua existência contestada, sua comprovação poderá se realizar por meio de qualquer prova lícita.³⁶

jurídicos. A primeira é meio para exprimir a vontade interna; a segunda, meio para evidenciar a existência do negócio jurídico” (*Curso de Direito Civil*, vol. I, cit., p. 292). No mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa destaca que não se confunde “forma com prova dos atos jurídicos. A forma é vista sob o aspecto estático; é aquele envoltório que reveste a manifestação de vontade. A prova é vista sob o aspecto dinâmico; serve para demonstrar a existência do ato” (*Direito Civil*, vol. I, cit., pp. 631-632). V., ainda, Humberto Theodoro Júnior: prova “não é sinônimo de forma. Tem um sentido mais amplo: é qualquer meio de revelar a verdade de um fato” (*Comentários ao novo Código Civil*, cit., p. 454).

35 Isso porque o artigo 541 do Código Civil prevê que “a doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular”, ressalvando, no parágrafo único, que “a doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição”. Como explica San Tiago Dantas, “todas as vezes que o ato se revestiu de certas formas reputadas essenciais para a sua validade, não se trata de saber se o juiz e convenceu ou não de sua existência, trata-se que sua existência não se opera por faltarem certos caracteres formais” (San Tiago Dantas, *Transcrições das Aulas na Faculdade Nacional de Direito*, vol. II, s.d., pp. 47-48). Humberto Theodoro Júnior afirma, nessa perspectiva, que, “quando o ato é solene, por imposição da lei, sua prova não pode ser feita senão por aquela forma decorrente das solenidades que lhe dão validade. Enquanto não provada a forma imposta pela lei, não se pode ter como válido o negócio e, conseqüentemente, não se pode dele extrair os efeitos jurídicos desejados. Somente pela forma definida na lei o negócio de aperfeiçoamento assume existência válida; e somente pelos elementos que configuram a tipicidade legal é que sua prova haverá de ser feita. De nada vale, por exemplo, a demonstração por testemunha ou documento particular do domínio sobre determinado bem imóvel, porque sua aquisição somente se dá por meio do registro do título aquisitivo no Registro Público competente. Em se tratando, porém, de ato jurídico de forma livre, os fatos que o geraram ou que influíram em sua existência e em seu conteúdo podem ser provados, segundo o art. 212, mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunha; IV – presunção; V – perícia” (*Comentários ao novo Código Civil*, vol. III, t. II, cit., p. 469). Destaca que, “tratando-se de negócio jurídico não-formal, qualquer meio de prova é permitido pela ordem jurídica desde que não seja por ela proibido ou restringido” (*Comentários ao novo Código Civil*, vol. III, t. II, cit., p. 469).

36 Com efeito, a Constituição da República veda, no artigo 5º, LVI, as provas obtidas por meios ilícitos: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O CPC estabelece, no artigo 369, que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Quanto ao Código Civil, é pacífico na doutrina que o rol constante do artigo 212 possui caráter exemplificativo. Por todos, v. José Carlos Barbosa Moreira, *Anotações sobre o Título “Da prova” do novo Código Civil*, cit., pp. 110-111.

Seguindo tal raciocínio, cumpre indagar acerca da tradicional classificação das formas em *ad substantiam* – ou *ad solemnitatem* – e *ad probationem*. Colhe-se na doutrina extensa controvérsia acerca desta distinção. Afirma-se, de um lado, que “o rigor da lei no tocante ao requisito formal gradua-se ainda em atenção ao motivo que inspirou o legislador. Conforme o caso, ora é reclamado *ad solemnitatem*, e, então, diz-se que predomina sobre o fundo, não tendo nenhum valor a vontade que deixa de revestir a forma de emissão imposta pelo ordenamento jurídico (“*forma dat esse rei*”); ora é adotada *ad probationem*, e estabelece-se a necessidade dela para prova do negócio jurídico”.³⁷ De acordo com tal perspectiva, portanto, a forma, além das hipóteses em que se afigura essencial à validade do negócio jurídico, poderia ser prevista como exigência legal para sua prova.³⁸

Em posição contrária, critica-se veementemente a distinção. Nessa direção, Clovis Bevilacqua já afirmava que a distinção seria a “sobrevivência de inúteis sutilezas de antigos juristas”, não havendo, “na sistemática do Código Civil, formas somente para a prova dos atos. Estes ou têm uma forma especial exigida por lei ou se provam pelos meios admitidos em direito. A forma ou é preestabelecida ou é livre”.³⁹ Com efeito, mesmo na vigência do Código Civil de 1916, a doutrina já se opunha à forma *ad probationem*, esclarecendo que “não há formalidade solene para a prova do ato, uma vez que ou

37 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit., pp. 413-414. Na mesma direção, Pontes de Miranda: “Se a lei exige ao ato jurídico a forma escrita, tem-se de perguntar se a exigiu como pressuposto necessário, caso em que a falta da forma escrita é óbice à entrada da manifestação de vontade no mundo jurídico e a defeituosidade causa de nulidade, ou se apenas estabeleceu regra jurídica de prova”.

38 Para Arnoldo Wald, “algumas vezes, a forma é essencial à validade do negócio jurídico, embora a declaração de vontade não dependa, em tese, de forma especial, senão quando a lei expressamente a exija (art. 107 do CC). Em outras situações, a forma é mero meio de prova. (...) Estabelece, assim, a nossa legislação uma distinção entre as formalidades necessárias para a existência do negócio jurídico e as exigidas para sua prova” (*Direito Civil: introdução e parte geral*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223).

39 *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. I, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 311. Clovis Bevilacqua observava que, “no Código Civil, não se encontram reflexos dessas distinções. É certo que por amor delas, eliminou-se um artigo do *Projeto primitivo*, que proclamava a identidade entre a prova exigida por lei e a forma especial do ato (art. 142). Mas, não obstante, a doutrina, que ressalta de todo este capítulo, é a que aquele *Projeto* exprimia na tese eliminada” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. I, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 311).

este tem uma forma especial exigida por lei, ou pode ser provado pelos meios admitidos em Direito”.⁴⁰ Interessante notar as lições de San Tiago Dantas sobre a questão, ao afirmar: “raciocinando dentro do direito civil brasileiro não acho nenhum cabimento para esta distinção, pois que, se não podemos provar um ato senão de certo modo, este ato, praticamente, não existe”.⁴¹

Aos questionamentos erigidos em face da forma *ad probationem*, contra argumenta-se que a lei teria instituído, em algumas hipóteses, exigência de forma para que se pudesse provar determinado fato.⁴² Entre os exemplos que comprovariam a alegada “formalidade *ad probationem*”, estariam “a lavratura do assento de casamento no livro de registro”⁴³ e a exigência do artigo 227, *caput*, do Código Civil em relação aos negócios jurídicos cujo valor exceda o valor do décuplo do salário mínimo.⁴⁴ Em relação ao primeiro, não parece que se refira a ato de forma livre, tendo em vista que o casamento, como se sabe, consiste em ato jurídico solene.⁴⁵ Quanto ao segundo exemplo,

40 J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. III, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 118. O autor, alinhando-se à crítica de Clovis Bevilacqua, afirmava que “a distinção que se fazia no Direito antigo entre essas formalidades não se justifica mais e nem o Código a admite” (p. 118). Na mesma direção, v. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. I, cit., p. 380; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, vol. 1, cit., p. 292; Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 297; Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 177; Antonio Junqueira de Azevedo, *Depósito de ouro e pedras preciosas feito em 1878. Forma e prova do contrato de depósito. Depósito mercantil e depósito bancário. Mora do credor*, in *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 252-253.

41 *Programa de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, 221-222. Em seguida, San Tiago Dantas desafiava seus alunos: “Em todo caso, podem investigar um pouco este problema como assunto que lhes proponho para ocupar alguns dos senhores no seminário, a saber, se existe algum fundamento no direito civil brasileiro para diferenciar os atos solenes em atos substanciais e *ad probationem*. Não dou esta minha opinião como definitiva, mas tenho para mim que não há nenhuma necessidade de fazer esta distinção, que todos os autores estrangeiros fazem, e que é obedecida por muitos dos autores nacionais” (*Programa de Direito Civil*, cit., 221-222).

42 Nesta hipótese, para Caio Mário da Silva Pereira, “a forma não sobreleva ao fundo, nem se integra na constituição do ato, requerendo-o como meio de evidência tão somente. O negócio jurídico é válido em si mesmo, mas não pode ser provado senão pela confissão da parte, a quem é oposto, ou por sua execução espontânea, que é uma espécie de confissão extrajudicial” (*Instituições de Direito Civil*, vol. I, cit., pp. 413-414).

43 Carlos Roberto Gonçalves, *Direito Civil brasileiro*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 362.

44 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, cit., pp. 413-414; Arnoldo Wald, *Direito Civil: introdução e parte geral*, cit., p. 223.

45 Gustavo Tepedino, A disciplina civil-constitucional das relações familiares, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 428-431. Além disso, o artigo 1.543, parágrafo único, do Código Civil prevê que “justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova”.

revela-se significativo que o Código de Processo Civil tenha revogado o *caput* do artigo 227 do Código Civil,⁴⁶ a demonstrar o comprometimento contemporâneo com o sistema do livre convencimento motivado,⁴⁷ conforme prevê o artigo 371 do diploma processual: “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.⁴⁸

A confusão realizada entre forma e prova ganha aqui novamente contornos bem definidos, o que se comprova com a identidade, proposta em doutrina, entre “prova de natureza especial” e “forma *ad substantiam*”, isto é, a exigência de determinada fonte de prova seria equivalente ao requisito de forma.⁴⁹ Nessa direção, afirma-se que a prova exigida em lei – o que, como se viu até o momento, seria exatamente a forma *ad probationem* – “se confunde com os negócios jurídicos solenes”.⁵⁰ Em definitivo, acaba-se por afirmar, por via oblíqua, que forma

46 O artigo revogado estatuiu: “Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados”. Observa-se que, mesmo na vigência do artigo, sua restrição já vinha sendo relativizada na jurisprudência. V., nessa direção: STJ, 3ª T., REsp 895.792/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 7.4.2011. Acerca do parágrafo único do artigo 227, que não fora expressamente revogado pelo CPC, Flávio Tartuce observa que “a prova testemunhal passa a ser utilizada como meio de prova de negócios jurídicos de qualquer valor”, sendo injustificada a permanência do parágrafo único do artigo 227, vez que “a prova testemunhal não será prova subsidiária, mas sempre meio principal e em todas as situações concretas, não importando mais o valor do negócio jurídico correspondente” (O tratamento das provas no Código Civil e o impacto do novo CPC, cit., p. 204).

47 O princípio do livre convencimento motivado vem constantemente afirmado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. V., ilustrativamente, STJ, 6ª T., REsp 783.697/GO, Rel. Min. Nilson Naves, julg. 20.6.2006; STJ, 1ª T., AgRg no REsp 1.092.615/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 9.3.2010.

48 “O sistema processual de avaliação da prova não é tarifado, podendo as provas ser objeto de apreciação e valoração sem quaisquer amarras” (Fernando da Fonseca Gajardoni; Luiz Dellore; Andre Vasconcelos Roque; Zulmar Duarte de Oliveira Jr., *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença*: comentários ao CPC de 2015, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 225). Ainda que se mantenham limitações probatórias, a exemplo da vedação do artigo 228 do Código Civil às testemunhas incapazes, impedidas ou suspeitas, seria impróprio qualificar tais limitações como forma *ad probationem*. As restrições se relacionam unicamente à credibilidade da prova em si, sem qualquer relação com a forma dos negócios jurídicos. Além disso, o próprio Código Civil passa a admitir que, “para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo” (artigo 228, § 1º).

49 Nessa direção, Carlos Santos de Oliveira sustenta que, “nas hipóteses de prova de natureza especial, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, poderá suprir a falta do instrumento que é a substância do próprio ato” (Da prova dos negócios jurídicos, cit., p. 502). Fala-se até mesmo em “prova *ad solemnitatem*” (Marici Giannico, *A prova no Código Civil*: natureza jurídica, cit., pp. 104-107).

50 Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Prova do fato jurídico do Código Civil de 2002, cit., p. 594.

ad probationem é o mesmo que forma *ad substantiam*.

Mesmo em relação aos autores que sustentam a forma *ad probationem*, nota-se certa dificuldade diante da possibilidade de suprimir a prova de fato a que a lei não atribua forma especial como requisito de validade. Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, já se manifestou, ainda na vigência do Código de 1916, no sentido de que, “afora os casos em que a lei estabelece rigidamente os meios probatórios admissíveis, como ocorre por exemplo na menção do artigo 134 do Código Civil ao estatuir quando o instrumento público é da substância do ato, ou o artigo 132 ao vincular a anuência ao modo de prova do negócio jurídico, – afora em casos como tais, vige em direito a maior liberdade para a comprovação das declarações volitivas, como dos fatos em geral”.⁵¹ Ao examinar caso no qual se debatia esta questão, reconheceu o autor que a observância da forma acordada pelas partes para registrar os fatos controversos “seria de molde a produzir desde logo a evidência desejada”, o que, porém, não impediria a comprovação por outros meios.⁵²

Parece ser esta a solução mais acertada em relação às hipóteses em que a lei especifica a fonte de prova adequada à comprovação de certo fato.⁵³ Desse modo, verificando-se que se trata de ato não solene

51 *Contratos e obrigações*: pareceres, Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 420-421.

52 No caso, discutia-se, em contrato de empreitada, a prova dos atrasos do dono da obra na entrega dos projetos, tendo em vista que não houve registro de diversas irregularidades no “Diário das Obras”. Caio Mário da Silva Pereira esclareceu que, “houvesse a Empreiteira registrado no “Diário das Obras” os fatos de que se queixa, e a sua simples leitura seria de molde a produzir desde logo a evidência desejada. Não o tendo feito a não ser no começo dos serviços, não está porém inibida de comprovar através um processo mais complexo, mas nem por isso menos hábil, que é a rememoração das circunstâncias contrárias à correlação obrigacional advinda do contrato. Efetuando o levantamento lastreado em outros fatores dotados de autenticidade, terá logrado a comprovação das circunstâncias fáticas danosas, suficientemente para convencer e atingir o mesmo resultado” (*Contratos e obrigações*: pareceres, cit., p. 421).

53 Ilustrativamente, vale remeter ao artigo 646 do Código Civil, que estabelece: “O depósito voluntário provar-se-á por escrito”. A respeito do contrato de depósito, a doutrina considera tratar-se de contrato no qual a forma não constitui requisito de validade (Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p. 260; Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 409), o que não impede a afirmação, de outra parte, de que a forma seria *ad probationem* (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 340). Percebe-se, contudo, a perplexidade da doutrina diante da possibilidade de se negar tutela ao contrato de depósito na hipótese em que a parte não possua o documento – o qual, vale destacar, não se afigura necessário à validade do contrato –, embora possa comprovar o contrato mediante o depoimento

– de forma livre, portanto –, a indicação legal da fonte de prova pode representar, no máximo, a preferência do legislador, sem, contudo, excluir a possibilidade de prova por outros meios. Portanto, o efeito mais evidente consiste em que, apresentada a prova indicada na lei, inverte-se o ônus de comprovação do fato, criando-se presunção relativa de ocorrência do fato jurídico.⁵⁴

A rejeição à categoria das formas *ad probationem* encontra amparo também na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, contribuindo para precisar conceitualmente o que configura prova do fato jurídico e o que representa exigência de forma do negócio jurídico. No julgamento do REsp 913.008/RJ, a Quarta Turma do STJ debateu a questão relativa ao artigo 9º, parágrafo único, da Lei n. 9.609/98, que prevê, no contrato de licença de uso de programa de computador, que “na hipótese de eventual inexistência do contrato referido no *caput* deste artigo, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso”. Segundo a Corte Superior, “conquanto o referido artigo faça remissão expressa ao contrato de licença e ao documento fiscal como meios hábeis de provar a regularidade do programa de computador, é igualmente certo que o dispositivo não excluiu expressamente outros elementos de prova, que possam ser apresentados pelas partes para demonstração da verdade dos fatos. Inexistindo, na letra da lei, óbice expresso à utilização de outros meios, impõe-se, igualmente,

de testemunhas. Diante disso, afirma-se que “o instrumento do depósito poderá ser suprido por outras provas”, de modo que, se o depositante perder seu título, poderá recorrer a outra prova (Clovis Bevilacqua, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, vol. V, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1957, p. 17; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XVIII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 79). Conclui-se que a previsão do artigo 646 do Código Civil não exclui a possibilidade de prova do depósito por outras fontes que não a escrita, a corroborar a crítica às chamadas formas *ad probationem*. O mesmo se poderia afirmar, à evidência, quanto à redação do artigo 1.063 do Código Civil: “A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”. Como se sabe, a ausência da certidão do termo de nascimento não impede a prova da filiação por outros meios.

54 Nessa direção, v. TJRJ, 10ª C.C., Ap. Civ. 0070539-18.2002.8.19.0001, Rel. Des. Celso Luiz de Matos Peres, julg. 27.5.2009. No caso, o depositante exigia a restituição do bem, exibindo o documento que comprovaria o depósito. O depositário alegava, porém, “não ter havido qualquer depósito, argumentando que forneceu apenas simples declaração quanto ao depósito da referida quantia visando facilitar as atividades de ‘marchand’ desenvolvidas”. O TJRJ, dando provimento ao pleito do depositante, destacou, contudo, que “a emissão do aludido comprovante de depósito pela apelada, operou a inversão do ônus da prova, fato para o qual a mesma não atentou”.

que o dispositivo seja interpretado de forma lógico-sistemática, à luz de seu contexto normativo”.⁵⁵

Em outro caso emblemático, o STJ analisou o artigo 27 da Lei n. 4.886/65, que prevê os elementos que deverão constar do contrato de representação comercial, estabelecendo que a cláusula de exclusividade deve ser expressamente pactuada entre as partes. A Corte, interpretando tal exigência, afirmou que, embora deva ser expressa, isto não significa que sua formalização ocorra necessariamente por escrito. Com isso, “a demonstração da existência da cláusula de exclusividade pode ser feita mediante a produção de prova testemunhal”.⁵⁶ Como se percebe, diante de ato em relação ao qual não há exigência de forma – o que somente poderá se verificar com a interpretação da normativa incidente –,⁵⁷ torna-se injustificada qualquer exigência formal para a prova do ato. A limitação a determinadas fontes de prova, como na hipótese das testemunhas incapazes, impedidas ou suspeitas (artigos 228 do Código Civil e 447 do Código de Processo Civil), fundamenta-se na credibilidade intrínseca à fonte de prova, sem qualquer relação com a forma dos negócios jurídicos, sendo, portanto, imprecisa a referência à chamada “forma *ad probationem*”.

55 STJ, 4ª T., REsp 913.008/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julg. 25.8.2009. Para Bruno Lewicki, o caso “serve como possível retrato da tardia superação de um quase inconsciente fetiche pela prova legal, o qual se manifestaria mesmo em ocasiões em que o legislador não optou com toda clareza pela restrição das provas possíveis” (Liberdade na prova das licenças de software, in Ana Frazão e Gustavo Tepedino (coord.), *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 223).

56 STJ, REsp 846.543/RS, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 5.4.2011: “Muito embora o enunciado normativo do art. 27 da Lei 4.886/65, alterado pela Lei 8.420/92, enumere os elementos obrigatórios que devem constar do contrato de representação comercial quando realizado por escrito, não há dispositivo legal tampouco entendimento jurisprudencial que imponha uma determinada forma, vedando a celebração de ajuste verbal entre as partes. Com isso, em se tratando de contrato celebrado verbalmente, admite-se a comprovação das cláusulas pactuadas entre as partes contratantes por todos os meios em direito admitidos, tal como autoriza o art. 212 do CC/02, combinado com os artigos 400 e segs. do CPC”.

57 Como visto, deve-se evitar a concepção da forma especial como requisito excepcional. Como adverte Pietro Perlingieri, “la natura derogabile o inderogabile della singola norma sulla forma degli atti è non un prius indefettibile ma un risultato dell’interpretazione, la quale tiene conto dell’interesse e del valore tutelati dalla disposizione normativa, della intensità della sua rilevanza e delle garanzie richieste per la eventuale autoregolamentazione delle parti anche nel rispetto delle circostanze della periculosa incidenza che i soggetti concreti hanno nella valutazione dell’ordinamento giuridico” (Forma dei negozi e formalismo degli interpreti, cit., p. 23). Desse modo, uma disposição que estabelece hipótese de “forma da prova” poderá, conforme o caso, ser interpretada como forma *ad substantiam*.

3. O CPC/2015, A PROVA DOCUMENTAL E AS NOVAS TECNOLOGIAS

Na esteira das interações entre o Código Civil e o Código de Processo Civil, assume relevância a questão das provas eletrônicas, especialmente quanto aos documentos produzidos no meio digital.⁵⁸ A prova documental, objeto dos artigos 215 a 226 do Código Civil, é considerada pela doutrina a mais nobre das provas.⁵⁹ Exige-se, por isso mesmo, cautela diante do que já se afirmou constituir a “grande crise de identidade” da prova documental, provocada com a difusão dos documentos eletrônicos.⁶⁰ O CPC, embora dedique três artigos aos documentos eletrônicos,⁶¹ deixou ao juiz e às leis especiais a responsabilidade pela apreciação dos principais problemas relativos à autenticidade e à produção da prova documental eletrônica.⁶² Deve-se observar, por outro lado, que a questão das provas eletrônicas precede o CPC/2015.

O Código Civil, tendo disciplinado o telegrama como meio de comunicação à distância, não escapou às críticas da doutrina quanto à

58 Cumpre observar, porém, que as novas tecnologias não dizem respeito apenas à prova documental. Ilustrativamente, o CPC regulamenta o depoimento da parte e da testemunha por videoconferência (artigo 385, § 3º, e artigo 453, § 1º).

59 Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, cit., p. 497; Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Prova do fato jurídico do Código Civil de 2002*, cit., p. 597.

60 Leonardo Greco, *A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil*, in *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 385. Humberto Theodoro Júnior afirma que “a evolução dos meios de comunicação, com o advento da eletrônica e dos computadores na vida mercantil, tornou insuficientes as regras legais de documentação e autenticação das declarações de vontade, já que estas, basicamente, se fundam na autenticação pela assinatura do declarante (sistema que literalmente se mantém nos arts. 219 e 221 do novo Código Civil). (...) Os computadores e a internet absorveram a imensa maioria das operações bancárias e seu emprego generalizou-se no comércio internacional. Os mais significativos negócios, no plano empresarial, se ajustam e se executam por via eletrônica, sem assinatura manual alguma das partes” (*Comentários ao novo Código Civil*, vol. III, t. II, cit., pp. 571-573).

61 “Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei. Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor. Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica”.

62 Em perspectiva crítica, afirma-se que, “infelizmente, o Novo Código praticamente não enfrenta as novas tecnologias: ainda que exista alguma regulamentação quanto ao tema, ela é tímida. E não há como justificar isso em um Código do século XXI. Considerando a grande revolução tecnológica nas últimas décadas, isso significa que o Código já nasce defasado. O melhor exemplo disso é o Código seguir mencionando figuras como telegrama e radiograma” (Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, Andre Vasconcelos Roque, Zulmar Duarte de Oliveira Jr., *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 364).

sua defasagem em relação aos avanços tecnológicos na matéria.⁶³ No entanto, a construção da norma extraída do artigo 225 do Código Civil permitiu que se acolhesse o documento eletrônico. Com efeito, aludido artigo, ao referir-se às reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas, levou à consagração do documento eletrônico como fonte de prova,⁶⁴ afirmando-se, nessa direção, que o Código Civil teria admitido o documento eletrônico como documento particular.⁶⁵

O artigo 225 do Código Civil encontra correspondência no artigo 422 do CPC, o qual, por seu turno, regulamenta outros aspectos do documento eletrônico. O § 3º, por exemplo, reconhece a forma impressa⁶⁶ do *e-mail* como fonte de prova incluída entre as reproduções mecânicas de fatos ou coisas.⁶⁷ O § 1º prevê que “as fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem” e que, caso seja impugnado o documento, torna-se necessária a apresentação da respectiva autenticação eletrônica ou a realização de perícia.⁶⁸ Parece, portanto,

63 Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Prova do fato jurídico do Código Civil de 2002*, cit., p. 601.

64 “Art. 225: As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão”.

65 Para Carlos Santos de Oliveira, “o documento eletrônico é equiparado a documento particular. Sua validade como prova vem ganhando espaço, tanto na doutrina, como na jurisprudência. O documento eletrônico é aquele emitido via computador, como o e-mail, ou a impressão de determinado diálogo realizado em uma rede social. (...) Assim, não havendo impugnação o documento eletrônico servirá como meio de prova. Caso haja impugnação, a constituição da prova mediante a exibição de documento eletrônico dependerá da análise de vários outros elementos” (Da prova dos negócios jurídicos, cit., p. 507). Segundo o autor, com o artigo 225 o Código Civil “deu um grande passo no sentido da modernidade, visto que por reproduções eletrônicas podemos entender a comunicação por fax, via e-mail e internet, bem como arquivos eletrônicos” (Da prova dos negócios jurídicos, cit., p. 529).

66 A regulamentação da prova eletrônica no CPC se manteve atrelada à tradição do processo convencional (físico), de modo que a referência à forma impressa, presente em diversos artigos, deve ser relativizada, tendo em vista a expansão do processo eletrônico. Critica-se, nessa direção, que tais dispositivos, ao mencionarem a “forma impressa”, regulam o passado: um documento eletrônico sendo juntado a autos físicos” (Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, Andre Vasconcelos Roque, Zulmar Duarte de Oliveira Jr., *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*, cit., p. 435).

67 “Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida. (...) § 3º. Aplica-se o disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica”.

68 “Art. 422. (...) § 1º. As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia”.

consolidada a viabilidade do documento eletrônico como fonte de prova também no diploma processual.

Todavia, importa destacar que, no âmbito dos documentos particulares, o *caput* do artigo 221 do Código Civil menciona a assinatura como requisito para que o documento particular se constitua como prova das “obrigações convencionais de qualquer valor” e, da mesma forma, o *caput* do artigo 408 do CPC prevê que “as declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário”. Nota-se nos artigos a preocupação em assegurar a possibilidade de identificação dos emitentes das declarações de vontade, como forma de controlar a autenticidade da prova documental. O parágrafo único do artigo 221 do Código Civil, por sua vez, estatui que “a prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal”, o que seria suficiente à conclusão quanto à viabilidade do documento eletrônico, sendo perfeitamente possível, em tal perspectiva, “seu uso para a comprovação da declaração negocial”,⁶⁹ desde que seja o preencha os requisitos de “inalterabilidade do teor”, “identificabilidade

69 Humberto Theodoro Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. III, t. II, cit., p. 573. A questão dos documentos eletrônicos sem assinatura ou certificação digital foi analisada em julgado do TJRJ. No caso, discutia-se a celebração de contrato de depósito de materiais de construção. Sustentava uma das partes que os documentos que fundamentavam a cobrança não poderiam ser considerados como fonte de prova das obrigações contratuais, por lhes faltar a assinatura das partes. O TJRJ, contudo, afirmou que, “apesar de apócrifo, o instrumento particular de contrato de depósito de materiais de construção constante de fls. 30/31 restou corroborado pelas comunicações eletrônicas formalizadas pelas partes, inexistindo qualquer irregularidade a respeito” (TJRJ, 8ª C.C., Ap. Civ. 0008881-67.2010.8.19.0209, Rel. Des. Norma Suely Fonseca Quintes, julg. 4.10.2016). A legitimidade de documentos extraídos da rede mundial de computadores, sem que deles conte qualquer assinatura ou certificação eletrônica, também já foi apreciada no STJ, notadamente quanto à possibilidade de instrução do agravo de instrumento com “cópia da decisão agravada sem assinatura do juiz, retirada da Internet”. A Corte, que possuía jurisprudência no sentido que peças extraídas da internet utilizadas na formação do agravo de instrumento necessitam de certificação de sua origem para serem aceitas, decidiu pela admissão da cópia extraída da internet como válida à instrução do agravo, tendo em que vista que “os avanços tecnológicos vêm, gradativamente, modificando as rígidas formalidades processuais anteriormente exigidas” e que, no caso, seria “possível se aferir por outros elementos que a origem do documento retirado da Internet é o site do TJ/RS” (STJ, 3ª T., REsp 1.073.015/RS, Rel. Min Nancy Andrighi, julg. 21.10.2008). A Corte também já reconheceu que a apresentação de e-mail pode ser suficiente à configuração de prova pré-constituída de ato coator em mandado de segurança impetrado em razão de ato que inabilitou o impetrante de concurso público. Segundo o STJ, no caso a exclusão estaria “devidamente comprovada através de comunicação eletrônica (e-mail) recebida, pelo recorrente, em sua caixa de correio eletrônico. Deveras, esse documento tem a propriedade de comprovar o ato coator e as consequências que dele derivam, o que torna despidendo a juntada do edital. Logo, ressoa inequívoco que o *writ of mandamus* está guarnecido de prova pré-constituída” (STJ, 1ª T., RMS 2.907/AC, Rel. Min Benedito Gonçalves, julg. 25.5.2010).

da autoria”⁷⁰ e “tempestividade controlável”.

Certo é que, na dinâmica do ambiente virtual, desenvolvem-se cada vez mais as relações sociais, tornando-se comum o aperfeiçoamento do vínculo obrigacional pelo simples envio de mensagem eletrônica. Do *e-mail* ao *WhatsApp* ou *Telegram*, verifica-se que a comunicação eletrônica se apresenta como protagonista da influência das novas tecnologias na vida cotidiana. Do mesmo modo, o chamado *e-commerce* difunde-se em larga escala, banalizando a conclusão de negócios cuja prova consiste, muitas vezes, na impressão de uma tela ou página virtual exibida após a confirmação da contratação. Afigura-se inevitável, nesse contexto, reconhecer a importância, como possíveis fontes de prova, dos documentos puramente eletrônicos, independentemente de assinatura, como no caso das cópias impressas de páginas virtuais e mensagens eletrônicas.⁷¹

Em consonância com essa orientação, já foram aprovados, no âmbito das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, três enunciados relevantes quanto aos documentos eletrônicos.⁷² Nos

70 Sobre este aspecto, destaca-se, nos documentos eletrônicos, a possibilidade de assinatura ou firma eletrônica, cada vez mais usual em certos segmentos, como, por exemplo, a advocacia. Guilherme Magalhães Martins afirma, sobre o tema, que “a própria noção de assinatura passa por uma redefinição, a partir da sua função, e não a partir da sua forma, de modo não só a possibilitar a verificação da capacidade jurídica dos contratantes, como também melhor assegurar o cumprimento das obrigações relativas a cada uma das partes. Configura-se, assim, a prova da expressão do consentimento pelo meio eletrônico, ao qual deve ser equiparada a forma escrita exigida pela lei para determinados atos” (*Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 67-68).

71 Nesta linha, Anderson Schreiber observa que, “em um passado recente, os juristas brasileiros (como, de resto, os juristas de todo o mundo) discutiam se tais impressões, cópias ou documentos digitais tinham ou não validade como meio de prova, constituíam ou não meros indícios e outras questões que o avanço maciço da cultura digital parece ter tornado um tanto folclóricas. Em que pesem as dificuldades do sistema judiciário em lidar com documentos puramente eletrônicos e a suspeita quase instintiva que recaía, até pouco tempo, sobre cópias impressas de páginas virtuais e emails, não parece haver dúvida, atualmente, de que todos esses instrumentos devem ser admitidos como meios probatórios dos direitos discutidos em juízo” (*Contratos eletrônicos e consumo*, *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. I, 2014, pp. 98-99).

72 Já na I Jornada de Direito Civil, aprovou-se o enunciado n. 18 nos seguintes termos: “A ‘quitação regular’ referida no art. 319 do novo Código Civil engloba a quitação dada por meios eletrônicos ou por quaisquer formas de ‘comunicação a distância’, assim entendida aquela que permite ajustar negócios jurídicos e praticar atos jurídicos sem a presença corpórea simultânea das partes ou de seus representantes”. Da IV Jornada de Direito Civil extrai-se o enunciado n. 297, segundo o qual “o documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada”. Especificamente relacionado à interpretação do artigo 225 do Código Civil, o enunciado n. 298, aprovado também na IV Jornada, prevê que “os arquivos eletrônicos incluem-se no conceito de ‘reproduções eletrônicas de fatos ou de coi-

tribunais brasileiros, tem o documento eletrônico tem encontrado ampla acolhida como fonte válida de prova, embora se verifique legítima preocupação a respeito da utilização e do valor da prova obtida no meio eletrônico. Na matéria, cumpre reservar atenção especial à tutela da dignidade humana no ambiente virtual, sendo vedada a prova ilícita.⁷³ Já se decidiu, nessa direção, pela impossibilidade de “utilização de conversas retiradas de grupo fechado do *Facebook* em processo administrativo disciplinar”, “por violação do direito fundamental à inviolabilidade das correspondências (artigo 5º, XII, CRF/88), o qual inclui, por extensão, os grupos fechados do *Facebook*”.⁷⁴ Além

das’ do art. 225 do Código Civil, aos quais deve ser aplicado o regime jurídico da prova documental”. Tais enunciados têm auxiliado os Tribunais diante das controvérsias concernentes ao documento eletrônico, como se evidencia no acórdão do TJSP que, citando os enunciados 297 e 298 do Conselho de Justiça Federal, afirmou que a origem eletrônica “não afasta o valor probante do documento” (TJSP, 20ª C., Ap. Civ. 0018518-77.2010.8.26.0005, Rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti, julg. 27.08.2012). No Superior Tribunal de Justiça, a admissibilidade das provas oriundas do ambiente eletrônico a partir da interpretação do artigo 225 do Código Civil foi reconhecida no julgamento do REsp 1.381.603/MS, de 2016. Segundo o STJ, “no atual estágio da sociedade, há uma forte tendência de diminuição de documentos produzidos em meio físico, reduzindo consideravelmente o uso do papel. Tal constatação também se mostra evidente no âmbito das relações comerciais, cujas tratativas são realizadas, em boa parte, por meio eletrônico, bastando lembrar os serviços bancários online (internet banking). Nesse contexto, nota-se que a legislação brasileira, ainda sob a luz do CPC de 1.973, não proíbe a utilização de provas oriundas de meio eletrônico. No ponto, o Código Civil de 2.002, em seu art. 225, preceitua que ‘as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão’. Por oportuno, o enunciado n. 297, aprovado na IV Jornada de Direito Civil (CJF/STJ) destaca que ‘o documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada’. Com essa mesma linha de raciocínio, veja-se o enunciado n. 298: ‘Os arquivos eletrônicos incluem-se no conceito de ‘reproduções eletrônicas de fatos e coisas’, do art. 225 do Código Civil, aos quais deve ser aplicado o regime jurídico da prova documental’”. A Corte também abordou, neste julgado, os desafios quanto ao valor probante das mensagens eletrônicas: “o correio eletrônico (e-mail, abreviatura de *electronic mail*) é serviço que permite a troca de mensagens e arquivos por meio de sistemas de comunicações eletrônicas, a exemplo dos computadores, tablets e smartphones. (...) Quanto à sua força probante, o maior questionamento está adstrito ao campo da veracidade e da autenticidade das informações, principalmente sobre a propriedade de determinado endereço de e-mail. (...) a dúvida que pode surgir sobre a autenticidade do correio eletrônico deve ser avaliada pelo magistrado no exame do caso concreto, cabendo ao demandado, se assim o quiser, apresentar os embargos para questionar a idoneidade dos e-mails utilizados pelo autor para sustentar a existência da relação jurídica e o eventual inadimplemento da obrigação. Nota-se, ainda, que a incerteza sobre a validade de determinada prova não é exclusiva dos documentos eletrônicos, pois um suposto instrumento contratual impresso em papel, mesmo que assinado por qualquer das partes, também pode ter sua eficácia questionada pela parte contrária, permitindo, inclusive, a instauração de incidente de falsidade (STJ, REsp 1.381.603/MS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 6.10.2016).

73 Como se sabe, o artigo 5º, LVI, da Constituição da República, prevê que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

74 TJRJ, 3ª C.C., Ap. Civ. 0382557-12.2013.8.19.0001, Rel. Des. Peterson Barroso Simão, jul. 25.06.2015. No caso, foram utilizadas mensagens eletrônicas provenientes de conversas pes-

da necessidade de se efetuar controle de merecimento de tutela das provas obtidas no meio eletrônico, outras questões surgem no que diz respeito à adequada avaliação, pelo magistrado, no caso concreto, do valor probante dos documentos eletrônicos, os quais, sendo lícitos, demandam ponderação quanto aos fatos que se destinam a provar.

A dinamicidade das relações travadas por meio da comunicação eletrônica exige do intérprete análise percuciente do suporte fático para que seja possível concluir, por exemplo, se o envio de e-mails sobre o conteúdo de certo contrato caracteriza a sua conclusão, vinculando as partes. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, examinou-se caso em que a parte autora, alegando a celebração de contrato de representação comercial com a ré – o que se estaria comprovado por mensagens eletrônicas trocadas entre as partes –, postulava a execução do contrato, bem como a reparação por danos materiais e morais. O TJRJ decidiu que a “troca de mensagens eletrônicas entre as partes, iniciadas pelo autor”, configurariam “mera tratativa, de forma muito incipiente, e não celebração de contrato de representação”, destacando que “o mero envio de modelo padrão de contrato de representação não endossa o início das atividades”.⁷⁵ Controvérsia semelhante – quanto à delimitação do

soais de servidores públicos militares – em grupo ao qual somente eles tinham acesso – para instaurar sindicância. Segundo o Tribunal, um dos direitos constitucionais desrespeitados no caso foi “a inviolabilidade do sigilo da correspondência, o qual inclui pacificamente o *e-mail* e, por extensão, o grupo fechado de *Facebook*, eis que somente acessível o seu conteúdo pelos seus participantes, e não de forma irrestrita por qualquer pessoa que integre genericamente aquela rede social. O próprio Impetrado reconhece que se tratava de grupo fechado e que para acessá-lo era necessária a concordância do responsável pelo mesmo, não sendo seu acesso irrestrito a qualquer usuário do *Facebook*, afirmando, porém, que os agentes da Inteligência também eram Inspectores de Segurança e Administração Penitenciária e que, por isso, possuíam acesso a tal grupo. (...) Assim sendo, obtenção do teor do conteúdo publicado no grupo fechado de *Facebook* por intermédio de agente infiltrado da Inteligência da Corporação, consubstancia-se em prova ilícita, eis que flagrantemente obtida por meio de violação direta a direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XII, da CRFB/88. Vale ressaltar ser irrelevante o grau de dificuldade ou de tecnologia utilizado na obtenção das conversações em tela. Trata-se de diálogos privados e que jamais podem ser utilizados para instauração de processo administrativo disciplinar ou punições administrativas ao servidor”.

75 TJRJ, 20ª C.C., Ap. Civ. 0301345-37.2011.8.19.0001, Rel. Des. Conceição Aparecida Mounier Teixeira de Guimarães Pena, jul. 29.6.2016. Destaca a Desembargadora Relatora que, “ao contrário do afirmado pelo Autor, ora Apelante, foi ele quem procurou a Ré, por meio da correspondência eletrônica de fls. 358/359, datada de 5.11.2010, com o objetivo de informar seu interesse em atuar como representante na locação de máquinas de franquear digital (MFD) no Estado do Rio de Janeiro. A partir daí houve trocas de e-mails entre as partes, tendo a Ré enviado para o Autor, em 9.11.2010, um modelo de contrato de representação comercial, consignando que a documentação era para análise e avaliação do Autor, nos seguintes termos, *in verbis*: “Olá, Firmo, tudo bom? Seguem em anexo o Contrato de representação Comercial e a

momento de tratativas e da efetiva celebração de contrato por e-mail –, embora com suporte fático diverso, foi apreciada pelo TJDFR. No caso, a ré alegava que o contrato de fornecimento de cestas básicas e natalinas não teria se aperfeiçoado na data apontada pela parte autora, fato que se afigurava determinante para verificar se o “cancelamento” do contrato pela ré teria causado prejuízos à autora. O Tribunal, analisando diversos e-mails, concluiu que “o contrato foi firmado entre as partes em data anterior à descrita pelos recorrentes”, de modo que a rescisão não teria sido razoável, sendo necessária a reparação dos prejuízos dela decorrentes.⁷⁶

Aspecto igualmente complexo diz respeito ao documento eletrônico como fonte de prova da responsabilidade civil por dano moral decorrente do envio de mensagens ofensivas. Controverte-se, sobretudo, acerca da possibilidade de identificar, com segurança, o autor das mensagens, de modo a atribuir-lhe a responsabilidade. Ilustrativamente, em caso julgado pelo TJRS, negou-se a compensação por danos morais advindos do recebimento de e-mail ofensivo, ao argumento de que “um único e-mail, em que sequer resta certeza sobre seu remetente, não pode respaldar o pedido constante na inicial”.⁷⁷ Em outro caso, julgado pelo TJRJ, reformou-se sentença proferida

apresentação de canais. Peço que avalie e voltamos a nos falar”. Outro caso interessante sobre o documento eletrônico como fonte de prova de aspectos essenciais ao contrato, também analisado no TJRJ, dizia respeito a celebração de promessa de cessão de direitos hereditários em que a cedente sustentava a ocorrência de lesão, em virtude de seu estado de vulnerabilidade decorrente do uso de medicamentos para depressão após a morte de seu pai. O TJRJ, analisando conjunto de correspondências eletrônicas entre as partes, concluiu pela existência de relação íntima entre as partes e plena capacidade mental da cedente ao tempo da celebração do negócio. Segundo o Tribunal, “as várias correspondências eletrônicas juntadas pela própria autora sugerem que entre as partes existiu forte relação de amizade e confiança, além de demonstrarem a plena capacidade mental da autora no período em que celebrado o negócio jurídico objeto desta demanda” (TJRJ, 16ª C.C., Ap. Civ. 0191144-07.2013.8.19.0001, Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, jul. 22.11.2016).

76 TJDFR, 5ª T.C., Ap. Civ. 0011679-03.2015.8.07.0001, Rel. Des. Josapha Francisco dos Santos, jul. 13.7.2016. Concluiu-se que, “diante da suspensão do contrato, ocorrida aos 28.11.2014 e de seu cancelamento, efetivado aos 9.12.2014 pelas apelantes, data em que as cestas já estavam devidamente confeccionadas, tendo em vista o prazo fixado pelas partes para entrega (4.12.2014 a 11.12.2014), as recorrentes deverão arcar com os prejuízos advindos da tardia rescisão unilateral da avença”.

77 TJRS, 15ª C. C., Ap. Civ. 70032747990, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, jul. 25.11.2009. O caso chegou ao STJ, que, porém, negou recebimento do recurso com base na Súmula n. 7: “Realmente, para se afastar a conclusão lançada no aresto impugnado de que ‘um único e-mail, em que sequer resta certeza sobre seu remetente não pode respaldar o pedido constante na inicial’ (e-STJ, fl. 317), é imprescindível o reexame de provas, tarefa inviável em sede de recurso especial, a teor da citada Súmula 7/STJ” (STJ, 4ª T., AgRg no Ag 1.381.690/RS, Rel. Min. Raul Araújo, jul. 19.11.2015).

em primeira instância para condenar a ré à compensação por danos morais causados ao autor em razão do recebimento de mensagens com conteúdo ofensivo enviadas do celular da ré ao celular do autor. O Tribunal rejeitou a alegação da ré de que não poderia ser responsabilizada porque havia perdido seu aparelho celular, do qual foram enviadas as mensagens ao tempo do envio. Afirmou-se, no voto condutor, que “restou comprovado que as mensagens foram de fato oriundas do celular da ré, sendo dela a responsabilidade sobre o aparelho, não importando a informação de que o ‘perdeu’. Com efeito, no caso dos autos, observa-se que o dano moral restou devidamente configurado, uma vez que o autor acostou o documento (...) correspondente à tela de seu celular que contém a mensagem oriunda do celular da ré”.⁷⁸

Essa breve resenha já demonstra a complexidade das questões que atualmente se apresentam aos Tribunais brasileiros em matéria de documento eletrônico, a exigir, também da doutrina, a definição de critérios que auxiliem na construção da disciplina do documento eletrônico, garantindo maior segurança ao intérprete diante de novos suportes fáticos. O desafio se revela urgente, a julgar pela grande quantidade de casos julgados pelos Tribunais – que abrangem desde questões contratuais, como obrigações do locatário⁷⁹ e resilição unilateral do contrato,⁸⁰ até fatos jurídicos relevantes ao deslinde de controvérsias de direito de família⁸¹ – e pela consolidação, reconhecida

78 TJRJ, 16ª C.C., Ap. Civ. 0338013-36.2013.8.19.0001, Rel. Des. Lindolpho Moraes Marinho, jul. 29.11.2016.

79 Em demanda relativa à reparação de danos ao imóvel após período de locação, o TJRJ considerou que as mensagens eletrônicas trocadas entre locatário e locadora demonstrariam a boa-fé do locatário ao comunicar os problemas que causaram danos ao imóvel, bem como a “quitação da locadora acerca de eventual dano decorrente do banheiro” (TJRJ, 12ª C.C., Ap. Civ. 0135378-32.2014.8.19.0001, Rel. Des. Cherubin Helcias Schwartz Júnior, jul. 14.6.2016).

80 O TJDFR decidiu que “a parte pode rescindir contrato de prestação de serviços por meio de mensagem eletrônica (e-mail)”. No caso, discutia-se se o envio de e-mail notificando a rescisão unilateral do contrato produziria efetivamente a extinção da relação contratual. Conforme destacado pelo Tribunal, “o cerne da questão reside em definir se houve a rescisão unilateral do contrato pela apelante/ré, por meio de mensagem eletrônica (e-mail) enviada em 27 de setembro de 2011”. Concluiu-se que “exigir que a parte que enviou o e-mail, contendo o pedido de rescisão de contrato, comprove que a empresa destinatária recebeu a referida mensagem eletrônica, mostra-se desarrazoado, imputando a uma das partes encargo excessivo” (TJDFR, 5ª T.C., Ap. Civ. 0032834-33.2013.8.07.0001, Rel. Des. Sebastião Coelho, jul. 5.11.2014).

81 No TJRJ, a análise de “cópias de conversas eletrônicas trocadas entre a recorrente e sua genitora” foi determinante para comprovar que a alimentanda, maior de idade, constituiu família, mantendo-se, desse modo, a decisão que exonerou a mãe da prestação de alimentos (TJRJ, 14ª C.C., Ap.

pelo Superior Tribunal de Justiça, da prova eletrônica como fonte de prova admissível no ordenamento jurídico.⁸²

4. NOTAS CONCLUSIVAS

As numerosas questões suscitadas confirmam as premissas inicialmente desenvolvidas, no sentido da imprescindibilidade do recurso ao ordenamento unitário, orientado pela axiologia constitucional, para o controle de merecimento de tutela da prova oriunda do meio eletrônico. O perigoso apego da subsunção, segundo parâmetros abstratos de incidência de um ou outro núcleo normativo, deve ser afastada, por revelar formalismo incompatível com a legalidade constitucional. Deve-se promover, em cada caso concreto, a construção da normativa aplicável, processo interpretativo que se realiza mediante o exame funcional das normas e a análise do suporte fático de incidência.

O campo de avaliação e controle das provas, como visto, afigura-se de grande amplitude, sendo equivocada a perspectiva de redução das possibilidades probatórias em relação aos atos de forma livre por meio da chamada forma *ad probationem*. Também neste caso será necessário avaliar, conforme as circunstâncias fáticas e os valores prevalentes na situação regulada, se a previsão legal de “prova por escrito” impõe, mercê da confusão entre forma e prova do negócio jurídico, verdadeira forma *ad substantiam* ou se, ao reverso, não impede que o negócio seja provado por outras fontes, desde que lícitas.

O exame abrangente de licitude da prova não poderá, de qualquer forma, ignorar os avanços tecnológicos que caracterizam a contemporaneidade. Os denominados documentos eletrônicos adquirem protagonismo no cenário das provas, sendo necessário, portanto, reconhecer, na esteira do CPC, sua admissibilidade como fonte de prova e, sobretudo, desenvolver parâmetros que auxiliem o intérprete no controle de merecimento de tutela destes documentos, notadamente quanto à proteção da privacidade e à avaliação de autenticidade e valor probante.

Cív. 0005605-63.2016.8.19.0000, Rel. Des. Gilberto Campista Guarino, jul. 3.8.2016).

82 STJ, 4ª T., REsp 1.381.603/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 6.10.2016.

O CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA SOB A PERSPECTIVA MATERIAL E PROCESSUAL NO DIREITO BRASILEIRO

Liane Tabarelli¹

Tula Wesendonck²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil e os critérios para fixação do quantum debeat. 3. A responsabilidade civil na contemporaneidade: da função reparatória à finalidade punitiva e pedagógica. 4. Considerações Finais. 5. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Na atualidade, tem-se observado um crescimento exponencial de demandas que tramitam no Judiciário versando sobre pedidos de reparação de danos. Os próprios danos indenizáveis têm, por influência inclusive do Direito Comparado³, e da própria complexidade da sociedade contemporânea, engrandecido significativamente.

Fala-se hoje, além da possibilidade reparatória de danos patrimoniais (danos emergentes ou lucros cessantes)⁴, em indenizações por danos morais puros, danos biológicos, danos existenciais, danos estéticos, entre outros.

1 Advogada. Professora adjunta da Faculdade de Direito da PUCRS. Docente de cursos de pós-graduação e preparatórios para concursos públicos. Doutora em Direito pela PUCRS. Ex-bolsista da CAPES de Estágio Doutoral (Doutorado Sanduíche) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Autora de obras e de diversos capítulos de livros e artigos jurídicos. Endereço eletrônico: liane.tabarelli@pucrs.br

2 Advogada. Professora adjunta da Faculdade de Direito da PUCRS e da UNIRITTER. Docente de cursos de pós-graduação e preparatórios para concursos públicos. Doutora em Direito pela PUCRS. Ex-bolsista da CAPES de Estágio Doutoral (Doutorado Sanduíche) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Autora de obras e de diversos capítulos de livros e artigos jurídicos. Endereço eletrônico: tula.wesendonck@pucrs.br

3 Para aprofundamentos, vide FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012.

4 Art. 402, CC/02: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

Por outro lado, também há quem defenda que a efetiva reparação do prejuízo somente se revela viável quando se está diante de danos materiais, exercendo uma função compensatória a responsabilidade civil quando diante se estiver de um prejuízo de ordem imaterial.⁵

Nesta seara, em um contexto de conflitos sociais exacerbados dos quais inúmeras perdas derivam, doutrina e jurisprudência pátrias iniciaram um tratamento diferenciado ao instituto da responsabilidade civil, admitindo outras funções além de sua clássica função reparatória⁶. Está-se diante das funções dissuasória e punitiva da responsabilidade civil, as quais, ao lado da finalidade reparatória, serão objeto de enfrentamento no presente trabalho.

Assim, o problema central de pesquisa deste trabalho é o enfrentamento das discussões doutrinárias que envolvem a adoção, no sistema jurídico pátrio, da função punitiva da responsabilidade civil. Aprecia-se também, embora de forma mais tênue e vinculada à função punitiva, a finalidade dissuasória do instituto da responsabilidade civil. Desse modo, os temas centrais abordados neste artigo envolvem a reflexão sobre o art. 944 do Código Civil brasileiro, versando sobre o princípio da reparação integral do dano ao lesado. Faz-se digressão acerca do alcance do artigo, a análise das diversas funções que o instituto da responsabilidade civil tem assumido na contemporaneidade a partir de lições doutrinárias e jurisprudenciais.

Nessa linha, o principal objetivo do trabalho é observar, qual

5 Nesse sentido: “[...] função da responsabilidade civil – que, quando se trata de reparação do dano moral individual, é a primeira e principal – é a compensatória. Observe-se, no particular, que a penalidade ressarcitória ou indenizatória propriamente dita é adequada para a hipótese de dano material, que pode ser reparável ou indenizável, visto que é materialmente possível a sua quantificação. O dano moral, ao contrário, por sua própria natureza e definição, é extrapatrimonial ou imaterial, logo não há possibilidade de mensurá-lo, o que não impede, entretanto, que a vítima seja compensada pecuniariamente (ou mesmo de outro modo à sua escolha, obviamente com respeito aos princípios da razoabilidade e da dignidade humana).” PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v.56, n.86, p.37-52, jul./dez. 2012. p. 48. Sobre os principais critérios utilizados para a reparação do dano moral, indica-se a leitura de BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

6 Vide ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

a tendência da jurisprudência no que tange à adoção das funções punitiva e dissuasória da responsabilidade civil, tendo em vista haver significativa controvérsia doutrinária sobre a matéria. Além disso, faz-se necessário ponderar a respeito dos reflexos que o art. 292, V da Lei nº 13.105/2015 (NCPC)⁷ terá para a fixação do valor da indenização, pois pela nova sistemática processual civil o autor terá que definir o valor que pretende receber com a indenização, mesmo em relação aos danos extrapatrimoniais, não podendo o juiz fixar valor maior do que o pedido pela parte. Assim, cabe questionar como poderá ser fixada a indenização punitiva.

Justifica-se a importância de se enfrentar esse tema, em razão da divergência doutrinária existente com relação à adoção de indenizações punitivas no âmbito da reparação civil e as alterações legislativas que acompanham o tema. Entende-se, sobre a temática, que é fundamental enfrentar com maior profundidade, os principais argumentos de cada corrente doutrinária, verificando quais deles e de que forma estão sendo acolhidos pela jurisprudência pátria. Disso resulta a importância da presente pesquisa.

Por fim, registre-se que o método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo. Formularam-se algumas hipóteses de trabalho, a partir de indagações envolvendo quais as funções da responsabilidade civil, qual o alcance do art. 944, CC/02 e sobre a compreensão da doutrina acerca das funções punitiva e dissuasória da responsabilidade civil, e, por meio de estudo doutrinário e jurisprudencial, procurou-se refutar ou validar tais hipóteses.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL E OS CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR

Matéria que desperta intenso debate na comunidade jurídica é a relativa aos critérios que devem ser utilizados pelos magistrados para fixação do *quantum debeatur* em sede de pedidos em demandas

7 Art. 292, NCPC: “O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: [...] V – na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido; [...]”

indenizatórias. A legislação civil brasileira consagrou o princípio da reparação integral do dano ao positivá-lo no Código Civil de 2002, em seu art. 944, *caput*, que “a indenização mede-se pela extensão do dano.” Assim, não há que se falar em indenizações tarifadas no ordenamento jurídico civil brasileiro.

Vige no Brasil o sistema do livre arbitramento (também denominado arbitramento equitativo) em que se deposita ao prudente arbítrio do julgador a valoração da quantificação indenizatória (em especial no que se refere à quantificação de danos extrapatrimoniais⁸). Desse modo, o juiz possui ampla liberdade para fixar o *quantum debeatur* que entender devido ao lesado, desde que fundamente sua decisão, forte em mandamento constitucional⁹, ao nela declinar os motivos que geraram o seu convencimento.

Dessa forma, o juiz é livre para fixar a indenização devida à vítima desde que tal valor se aproxime o mais possível da chamada reparação integral do dano. Trata-se de um critério que visa a evitar que o lesado seja duplamente penalizado: primeiro porque experimenta um prejuízo a que não deu causa e segundo porque ficaria irressarcido em parte da perda que lhe acometeu se não vigorasse o sistema de reparação em sua totalidade¹⁰.

No que se refere ao princípio da reparação integral do dano como um critério balizador para fixação de *quantum* indenizatório

8 Isso porque “[...] a fim de indenizar o dano patrimonial busca-se a restauração *in natura* ou a restituição pelo equivalente pecuniário. A primeira, [...], constitui a forma mais perfeita de reposição do *status quo ante*, pois denota a atribuição de um bem materialmente equivalente ao bem lesado. [...] a reparação *in natura* ocorre excepcionalmente, pois na maioria dos casos é impossível voltar ao estado anterior ao dano, de forma que geralmente se faz a opção pela restituição pelo equivalente pecuniário.” BONATTO, Fernanda Muraro. A quantificação da indenização por dano extrapatrimonial: análise dos critérios jurisprudenciais na determinação do *quantum debeatur*. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 37, n. 2, p. 136-154, jul./dez. 2011. p. 140.

9 Art. 93, IX, CF/88: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

10 Sobre a matéria, interessante verificar: **Reparação integral do dano compreende a restituição do que foi pago ao advogado para ajuizar a ação**. Espaço Vital. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/publicacao-31375-reparacao-integral-dano-compreende-restituicao-que-foi-pago-ao-advogado-para-ajuizar-acao>> Acesso em: 17 mar. 2016.

em sede de reparação de danos, Sanseverino leciona que

A origem desse princípio é o Direito francês, tendo sido sintetizado pela doutrina com um adágio: *tout le dommage, mais rien que le dommage* (‘todo o dano, mas nada mais do que o dano’). Extrai-se desse enunciado que o princípio da reparação integral possui dupla função: a) piso indenizatório (todo o dano); b) teto indenizatório (não mais que o dano). Na função de piso indenizatório, também chamada de função compensatória, busca-se assegurar a reparação da totalidade dos prejuízos sofridos pelo lesado. Já sua função de teto, denominada de função indenitória, o objetivo é evitar o enriquecimento sem causa do lesado, pois a responsabilidade civil não deve ser pretexto para a obtenção de vantagens indevidas a partir do ato ilícito (art. 884 do CC/2002).¹¹

Porém, se, de um lado, vigora a reparação integral do prejuízo, de outro, a indenização não pode ser fonte de enriquecimento sem causa.

Nessa linha, a vedação de enriquecimento sem causa é contemplada pela legislação brasileira na medida em que os artigos 884 e 885 do Código Civil dispõem que

Art. 884, CC/02: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

Art. 885, CC/02: “A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.”

O enriquecimento sem causa é defeso, já que as indenizações tem, num primeiro momento, a finalidade precípua de reparar o dano experimentado, sendo balizadas, como referido, pela extensão da lesão sofrida pelo prejudicado.

Veja-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul endossou esse entendimento em recente decisório:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO

11 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O Princípio da Reparação Integral e os Danos Pessoais**. Jornal A Carta Forense. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>> Acesso em: 17 mar. 2016. Sobre a matéria, consulte-se também a obra *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: Saraiva, 2010 do mesmo autor.

ESPECIFICADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VEÍCULO DADO EM PAGAMENTO. POSTERIOR REVENDEDA A TERCEIRO SEM QUE TENHA SIDO REALIZADA A TRANSFERÊNCIA ADMINISTRATIVA DA PROPRIEDADE DO VEÍCULO. OBRIGAÇÃO DA RÉ DE TRANSFERIR O VEÍCULO QUE FOI DESCUMPRIDA. DANO MORAL CONFIGURADO. [...]. 3. O descumprimento da obrigação de transferência do registro do veículo para o nome da demandada, com posterior alienação a terceiro, sem que efetuasse a devida transferência, causou ao autor danos que devem ser indenizados, pois a apreensão do veículo realizada pela Secretaria da Receita Federal gerou multa em nome do autor, em decorrência da falta de diligência da concessionária de veículos, fatos que superam o mero transtorno e aborrecimento, sendo passíveis de indenização por danos morais. 4. A fixação da indenização por dano moral deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade à extensão do dano causado, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em um meio de enriquecimento sem causa para o ofendido e tampouco em condenação em valor irrisório, pois a reparação serve para atenuar o sofrimento da vítima e ainda de sanção ao causador do dano, para que não volte a praticar aquele ato lesivo à personalidade do ser humano. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL REJEITADA. NO MÉRITO, RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO.¹²

Observe-se, nesse contexto, que a vedação do enriquecimento sem causa decorre não somente da legislação infraconstitucional civil pátria, mas, de início, manifesta-se já na tutela dos direitos humanos individuais na Carta Magna de 1988.

Assim, há a proibição de que as indenizações sejam fonte de enriquecimento sem causa, eis que balizadas pelo critério da reparação integral do dano. Todavia, também não podem ser elas irrisórias a ponto de estimular condutas sociais reprováveis. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO

12 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70067741231**. Relatora Desembargadora Adriana da Silva Ribeiro, Décima Quinta Câmara Cível, Julgado em 09/03/2016.

DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAL. DIREITO AUTORAL. MÚSICA. PUBLICAÇÃO EM CD. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR DA OBRA. CONTRAFAÇÃO CONFIGURADA. INOCORRÊNCIA DE EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE. DANO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO JUDICIAL SEM PROVA DO DANO OU INDICAÇÃO DE CRITÉRIO OBJETIVO PARA APURAÇÃO DO QUANTUM DEVIDO PELA PARTE LESADA. VALOR FIXADO NO LIMITE DA INSURGÊNCIA. DANO MORAL MANTIDO. Trata-se de apelação interposta contra a sentença de parcial procedência exarada em ação de indenização por danos material e moral que discute plágio em música de autoria do autor. [...]. DANO MORAL – No caso dos autos, vislumbra-se claramente a violação do direito autoral do autor, o que, por si só, caracteriza o abalo moral. QUANTUM ARBITRADO – Na fixação do dano moral deve-se ponderar sobre as condições socioculturais e econômicas dos envolvidos, o grau de reprovabilidade da conduta ilícita, a gravidade do dano, bem como o caráter punitivo-pedagógico e as finalidades reparatório-retributivas da condenação, de tal forma não seja tão irrisória que sirva de desestímulo ao ofensor, nem tampouco exacerbada a ponto de implicar enriquecimento indevido à parte autora. Assim, considerando as premissas acima especificadas e as peculiaridades do caso concreto, considero justo o valor arbitrado pelo juízo de Primeiro Grau, motivo pelo qual deve ser mantido. APELAÇÃO DA PARTE RÉ PARCIALMENTE PROVIDA.¹³

Fato é que a adoção desses critérios para fixação do *quantum debeat* indenizatório demanda que o magistrado se valha de proporcionalidade/razoabilidade¹⁴, embora se esteja enfrentando tempos de “mudanças de paradigma”¹⁵. É exatamente sobre essa reflexão que

13 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70053034864**. Relator Desembargador Sylvio José Costa da Silva Tavares, Sexta Câmara Cível, Julgado em 17/12/2015.

14 Sobre o tema, consulte-se: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008; AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002; e, STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.

15 Nessa linha, registre-se que “nos domínios da responsabilidade civil já se enxerga, com nitidez, o que pode vir a ser considerado como uma *mudança de paradigma*, representada

este ensaio se dedica: a adoção de outras funções a serem exercidas pela responsabilidade civil, além de sua finalidade clássica reparatória.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE: DA FUNÇÃO REPARATÓRIA À FINALIDADE PUNITIVA E PEDAGÓGICA

A incidência da finalidade punitiva e pedagógica é matéria que tem gerado uma série de discussões na atualidade. A respeito do tema encontram-se posições favoráveis e contrárias na doutrina e na jurisprudência.

Para os adeptos do afastamento de uma indenização punitiva no Direito brasileiro o ponto crucial dessa justificativa repousa no teto indenizatório decorrente do princípio da reparação integral.

Nesse sentido, Paulo de Tarso Sanseverino defende que o modelo adotado no Direito brasileiro, no Art. 944 do CCB, inviabilizaria a ideia de uma indenização punitiva. O doutrinador lembra que a indenização punitiva conferiria ao autor da ação uma indenização superior ao necessário à compensação do dano, pois atingiria a dupla finalidade de punição (*punishment*) e de prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*)¹⁶.

A orientação dessa corrente é de que o lesado não deve receber menos ou mais do que efetivamente perdeu, porque a função precípua

pela ideia de que, em certos casos, principalmente naqueles em que é atingido algum direito da personalidade, a indenização deve desempenhar um papel mais amplo do que o até então concebido pela doutrina tradicional. O 'paradigma reparatório', calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta jurídica satisfatória, como se dá, por exemplo, quando o ofensor obtém benefício econômico com o ato ilícito praticado, mesmo depois de pagas as indenizações pertinentes, de natureza reparatória e/ou compensatória; ou quando o ofensor se mostra indiferente à sanção reparatória, vista, então, como um preço que ele se propõe a pagar para cometer o ilícito ou persistir na sua prática. Essa 'crise' do paradigma reparatório leva o operador do direito a buscar a superação do modelo tradicional. Superação que não se traduz, por óbvio, no abandono da ideia de reparação, mas no redimensionamento da responsabilidade civil, que, para atender aos modernos e complexos conflitos sociais, deve exercer várias funções." ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a> Acesso em: 17 mar. 2016.

16 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Viera. **Princípio da Reparação integral – indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68.

da responsabilidade civil é a reparação do prejuízo injustamente sofrido, sendo afastado o intuito punitivo, que por vezes se verifica na indenização por dano extrapatrimonial. Assim, para fixar as perdas e danos, o juiz não deve deixar de reparar suficientemente a vítima, mas também não pode conceder uma reparação excessiva que atribuirá mais do que uma compensação pelo dano sofrido, o que representaria um benefício sem justa causa¹⁷.

A corrente contrária à indenização punitiva alerta que a mesma redundaria num enriquecimento sem causa, já que indenizar a mais do que a vítima sofreu poderia violar o sistema adotado no Direito brasileiro que veda no Art. 884 o enriquecimento sem causa.

Segundo essa posição doutrinária, o dispositivo incide sobre a responsabilidade civil e, se for determinada uma indenização superior à extensão efetiva dos danos, ocorrerá uma atribuição patrimonial indevida ao lesado¹⁸.

Além desse aspecto, a doutrina ressalta que o CC 2002 não tratou do caráter punitivo em nenhuma das muitas disposições sobre responsabilidade civil; e, mesmo no que se refere às disposições do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, o caráter punitivo da reparação do dano foi excluído da legislação por veto presidencial¹⁹.

A orientação contrária ao caráter punitivo também se apoia na própria origem do Art. 944 do CCB, que repousa no Art. 494 do CC português, o qual dispõe que o juiz poderá reduzir o valor da indenização, não podendo fixar valor superior²⁰.

17 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: do Inadimplemento das Obrigações**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 474.

18 SANSEVERINO, p. 62.

19 BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 217. O dispositivo que foi excluído pelo veto presidencial foi o Art. 16 que possuía a seguinte redação: "Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e a proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável". Nas razões do veto argumentou-se que o dispositivo criava uma multa civil, de valor expressivo sem que fossem definidas a sua destinação e validade.

20 MENEZES DIREITO, Carlos Alberto e CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo**

O sentido da norma constante no Art. 944 do CCB, decorre da orientação adotada no Direito francês, que rejeita a aplicação do caráter punitivo da indenização em virtude do princípio segundo o qual, todo o dano deve ser indenizado, mas nada mais que o dano²¹.

A corrente contrária à recepção da indenização punitiva no sistema brasileiro alerta ainda, que a responsabilidade civil tem fundamento na restituição; e, sempre que se propõe um critério de reparação de dano que se afasta dessa orientação, que “incorpora elementos externos de valoração do quantum indenizatório há o risco de violação do enriquecimento sem causa”²².

Além desses argumentos, a corrente contrária à indenização punitiva lembra a crise gerada pela dificuldade de homologar sentenças estrangeira que tem sido enfrentada por sistemas jurídicos que pertencem à tradição romano-germânica (assim como o brasileiro), quando tais decisões contêm uma condenação a *punitive damages*²³.

Nesse sentido, cabe mencionar entendimento da Suprema Corte alemã de não ser possível executar uma decisão americana, que havia condenado cidadão alemão ao pagamento de vultosa quantia, por danos punitivos em virtude de ilícito cometido nos Estados Unidos.

A Suprema Corte alemã justificou a sua posição asseverando que o seu ordenamento prevê como consequência da ação ilícita somente o ressarcimento do lesado, impedindo assim o enriquecimento sem causa e que a punição e prevenção ficariam a cargo do Direito Penal. Além disso, a Corte Europeia dos Direitos do Homem também tem sistematicamente recusado a condenação desse tipo de sanção²⁴.

Código Civil: Da Responsabilidade Civil e das Preferências e Privilégios Creditórios. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 361.

21 VINEY, Geneviève e JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*. 3ª ed., Paris: LGDJ, 2001, p. 113. O princípio referido pela doutrina francesa é de que “*tout le dommage, mais rien que le dommage*” será indenizado.

22 ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a Teoria da Responsabilidade Civil sem Dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 6, Jan – Mar, 2016.

23 BODIN DE MORAES, p. 253 e ss.

24 BODIN DE MORAES, p. 256 e 257. O problema também tem sido enfrentado no Direito francês que encontra dificuldade para homologar decisões proferidas em solo estrangeiro que determinam caráter punitivo à indenização. A esse respeito aconselha-se a pesquisa a obra

Além desses argumentos, merece ser referido que as disposições do novo CPC a respeito da definição do valor da causa, trarão reflexos para fixação do valor da indenização. O Art. 292, inciso V, dispõe que o autor terá que indicar no valor da causa o valor pretendido para a indenização, inclusive para os danos morais. Tal disposição, irá repercutir na fixação do valor da indenização, porque o magistrado não poderá estabelecer valor indenizatório maior do que o pretendido pelo autor, sob pena de proferir julgamento *extra petita*. Diante do dispositivo, o autor não irá requerer valor indenizatório de parcela sobre a qual venha a ter dúvidas sobre seu cabimento; ou seja, somente irá pleitear valor indenizatório sobre o qual conseguirá alcançar a procedência da ação. Dessa forma, além do limite ao valor da indenização estabelecido no Art. 944 do CC, o dispositivo do CPC, contribui para sepultar as discussões a respeito da viabilidade de incluir na indenização qualquer valor além do correspondente à reparação ou compensação do dano.

Mesmo com esses argumentos é necessário referir a outra posição em torno do assunto, adepta da posição que a função da responsabilidade civil não pode ser reduzida à finalidade reparatória merecendo também ser conjugada à função punitiva através da admissão de uma pena civil²⁵.

A teoria da pena privada foi desenvolvida por Boris Starck, por volta da metade do século XX. Ao elaborar sua teoria o autor estava influenciado pelo fundamento do risco e pretendia oferecer uma nova sistematização à responsabilidade civil. Assim, introduziu a ideia de garantia e atribuiu à *faute* a consequência de pena privada²⁶.

Para essa corrente, o ordenamento jurídico brasileiro não seria contrário à admissão de uma pena civil. A exemplo do que ocorre no Direito norte americano, essa pena civil teria um caráter autônomo em

de BACACHE-GIBEILI, Mireille. *Traité de Droit Civil*. Tome 5. 2ª ed, Paris: Economica, 2012, 665 e ss.

25 Dentre os defensores de tal teoria pode ser destacada a obra de ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil – a reparação e a pena civil*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

26 BODIN DE MORAES, p. 220.

relação à reparação de danos (patrimoniais ou extrapatrimoniais)²⁷.

A indenização punitiva ainda é justificada como um instrumento para proteger a dignidade humana e os direitos da personalidade em situações especiais, nas quais não existe outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade²⁸.

A versão mais extrema dessa corrente doutrinária ainda entende a viabilidade de aplicação de uma pena civil para os casos de responsabilidade objetiva e que a vítima direta poderia ser beneficiária de tal indenização sem que houvesse a caracterização de enriquecimento sem causa²⁹.

Em defesa da indenização punitiva, uma das justificativas apresentadas é que a indenização pelo dano moral tem como finalidade a punição do ofensor. Para justificar tal posicionamento, a doutrina exemplifica que nos casos de pessoas famosas atingidas moralmente por noticiários de televisão ou jornais, as celebridades costumam declarar que o valor da condenação será destinado à instituição de caridade. Também é utilizado como justificativa o fato que nos casos de vítima com tenra idade, doente mental ou pessoa em estado inconsciência a indenização atuaria mais como punição do que propriamente como compensação³⁰.

Para essa corrente doutrinária o princípio da reparação integral insculpido no *caput* do Art. 944 do CCB não impediria a aplicação da pena civil. Segundo Rosenvald, o dispositivo estabelece no próprio parágrafo único a exceção ao princípio da reparação integral através da viabilidade de redução do valor da indenização, o que deve ser aplicado com prudência. Para o doutrinador, o mesmo parágrafo único serve de baliza para a aplicação do caráter punitivo

27 ROSENVALD, p. 165.

28 ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a acesso em 20 de março de 2016.

29 ROSENVALD, p. 202 e ss.

30 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 107.

da indenização, já que o mesmo cuidado a ser observado na avaliação do comportamento do ofensor para redução do valor da indenização, deve ser utilizado no sentido de autorizar a aplicação da pena civil para majorar a indenização³¹.

Superada a justificativa do caráter punitivo em virtude do Art. 944, Rosenvald sustenta que a pena civil exerce autonomia perante o dano moral, pois não tem identidade com o dano extrapatrimonial. O autor refere que somente se justifica a pena civil nos casos de dolo ou culpa grave, e a sentença pode condenar o ofensor à pena civil ainda que não tenha reconhecido o dano moral³².

Além desse aspecto, o autor contesta o argumento apresentado por considerável parte da doutrina de que a indenização superior ao dano efetivamente experimentado pela vítima representaria um enriquecimento sem causa. Para o doutrinador não se pode cogitar de locupletamento ilícito quando o montante destinado à vítima é proveniente de uma decisão judicial que representaria a justa causa de atribuição patrimonial³³.

A tese de pena civil ou de uma indenização punitiva autônoma não tem sido adotada na maioria das decisões proferidas nos Tribunais brasileiros pois quando a jurisprudência faz referência ao critério punitivo da indenização, a inclui na soma do valor indenizatório destinado à vítima³⁴.

Assim, a posição majoritária é de que não há espaço no Brasil para aplicação de dano moral punitivo, mas tanto na doutrina como na jurisprudência há o reconhecimento de que o grau de culpabilidade deve ser observado como critério para a definição do dano moral³⁵.

31 ROSENVALD, p. 195.

32 ROSENVALD, p. 208. Essa posição não é compartilhada por André Gustavo Corrêa de Andrade, que defende a vinculação da indenização punitiva ao dano moral.

33 ROSENVALD, p. 224.

34 Nesse sentido vale lembrar interessante e recente pesquisa jurisprudencial elaborada por GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive Damages no Direito Brasileiro. *In Revista dos Tribunais*, vol. 964, Fev., 2016.

35 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Curso de Direito Civil – Vol. IV, Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 155.

Marco Aurélio Bezerra de Melo defende a distinção entre o caráter punitivo-pedagógico da responsabilidade civil, como ficou assentado no Enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil, e o que o autor chama de “dano punitivo” (numa referência a *punitive damages*). Para o autor no Direito brasileiro o juiz fixa um único valor conjugando os critérios da reparação com função punitiva, mas não estabelece uma parcela correspondente à indenização punitiva³⁶.

Assim, boa parte da doutrina sustenta que nos países de tradição romano-germânica, e também no Brasil, o caráter punitivo não é admitido como parcela adicional da indenização, no entanto aparecem embutidos na própria compensação do dano moral. Nesse sentido, a reparação do dano moral é auferida através de duplo caráter: o compensatório – assegurando o sofrimento da vítima, e o punitivo – para que o causador do dano seja castigado pela ofensa que praticou³⁷.

Ainda que seja admitido o caráter punitivo agregado ao valor da indenização, tal prática não é isenta de críticas. Ao unir critérios punitivos e compensatórios cria-se uma espécie aberrante de indenização, na qual o responsável não consegue identificar em que medida está sendo apenado ou efetivamente está compensando um dano. Isso inclusive pode ser considerado prejudicial à principal vantagem preconizada pela indenização punitiva que seria justamente a função dissuasória ou exemplar do instituto³⁸.

Há grande preocupação na doutrina brasileira em virtude da atribuição de caráter punitivo, pois tal figura seria anômala, intermediária entre o direito civil e penal. Também é objeto de crítica a ausência de definição de critérios a serem utilizados pelo Juiz o que poderia retirar do ofensor garantias substanciais e processuais, já que a falta de tais critérios deixaria a definição ao arbítrio do juiz e como bem alerta a doutrina: “nesses casos, em geral a função punitiva corre solta”.³⁹

36 MELO, p. 8.

37 SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 208.

38 SCHREIBER, p. 211.

39 BODIN DE MORAES, p. 261.

A adoção de caráter punitivo indiscriminado à indenização, pode representar um perigo aos princípios fundamentais de um sistema jurídico como o brasileiro, que tem na lei a sua fonte normativa. Nesse sentido a doutrina alerta que não se pode atribuir à responsabilidade civil como “intrínsecas as funções de punição e dissuasão, de castigo e prevenção”, pois tais objetivos devem ser perseguidos mais pelo Direito Penal do que pela responsabilidade civil⁴⁰.

Além disso, merece destacar que a doutrina já assentou que a função primordial da responsabilidade civil é reparar a vítima, essa conclusão é retirada da redação dada pelo próprio Art. 186 do CC 2002 que ao substituir a conjunção “ou” utilizada no Art. 159 do CC de 1916 pela conjunção “e” passou a considerar o dano como elemento integrante do suporte fático da norma para caracterização do ato ilícito. A referida substituição não deixa dúvidas que a função primordial da responsabilidade civil é reparatória, compensatória, não tendo efeito primordial a punição^{41 42}.

Essa orientação reforça que a responsabilidade civil tem seu foco na vítima, na reparação do dano sofrido e não na atribuição de um castigo ao autor do dano e isso decorre da própria noção normativa de culpa elaborada no início do século XX associada ao erro de conduta, em oposição à concepção subjetiva da culpa que exigia um juízo moral de condenação da ação do ofensor⁴³. Enfim a responsabilidade civil deve estar mais preocupada com a vítima do que com o ofensor.

Em que pese as críticas tecidas, em decisão proferida no famoso caso Eternit, foi fixado o valor da indenização pelo dano moral observando o critério punitivo como se pode ver da passagem que segue.

“*In casu*, entendo que, no arbitramento do valor estimado para o dano moral em casos tais, deve-se considerar a gravidade do

40 BODIN DE MORAES, p. 258.

41 FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no novo Código. **O novo Código Civil e a Constituição**. Org Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003, p. 164.

42 No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, p. 148 e WESENDONCK, Tula. Transformações no Sistema das Ilícitudes no Código Civil de 2002. **Revista da AJURIS**, v. 36, n. 116, Dez/2009.

43 BODIN DE MORAES, p. 210 e ss.

fato e os evidentes danos à integridade física e psicológica do trabalhador, o qual veio a falecer. Também interfere a atribuição de responsabilidade da empresa por fomentar atividade de risco e desta tirar proveito com receita líquida de resultado crescente. Valho-me per relationem dos fundamentos que motivaram o provimento do agravo de instrumento que destrancou o presente recurso de revista. Considerando-se, ainda, a função pedagógica da sanção, com vistas à prevenção e ao desestímulo da conduta danosa, que atenta contra valores humanitários e constitucionais da mais alta estatura jurídica, elevo a R\$ 1.000.000,00 o valor de tal indenização por danos morais.”⁴⁴

A opção feita na decisão reflete a orientação jurisprudencial dominante e da posição doutrinária majoritária no sentido de incluir na indenização o critério didático pedagógico.

Ainda que não se questione a existência de conduta reprovável da reclamada ou dos direitos que devem ser assegurados ao trabalhador, a indenização não fica isenta de crítica pois não aponta os critérios utilizados para chegar ao valor da condenação. A definição do valor da indenização fica ao arbítrio do juiz sem colocar à disposição da reclamada critérios objetivos dificultando a possibilidade de defesa o que pode fundamentar a ofensa ao devido processo legal.

Nota-se também que a decisão ora em comento não separa a parte da condenação com caráter punitivo, da parte destinada a definir o caráter compensatório o que confunde tanto vítima, como ofensor e a sociedade em geral, pois não se tem a real dimensão de qual valor seria correspondente à punição empregada no caso concreto. Nem o ofensor, nem a coletividade terão condições de saber qual será a punição para o caso de reincidência ou de práticas semelhantes.

Ressalte-se, como já foi dito acima, que o objetivo de questionar a decisão não é o de afastar o reconhecimento do cabimento da indenização ou de deixar de reconhecer os direitos do reclamante; o

44 Trecho destacado da decisão do Caso Eternit, processo n. TST-RR-92840-68.2007.5.02.0045, C/J Proc. N. TST-AIRR-92841-53.2007.5.02.0045, decisão disponível no site <http://s.conjur.com.br/dl/amianto-tst.pdf> acesso em 23 de março de 2016.

exame é proposto no sentido de alertar sobre um dos problemas que tem acompanhado os processos envolvendo responsabilidade civil, nos quais o valor da condenação nem sempre é acompanhado de critérios claros para a sua definição.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo realizado pode-se afirmar que a definição do valor da indenização é tema atual, instigante e divide opiniões respeitáveis, pois tanto a doutrina como a jurisprudência ainda não apresentam um consenso a respeito da possibilidade de aplicação da indenização punitiva.

Mesmo entre os que consideram viável a indenização punitiva, não há um posicionamento uniforme sobre os seus requisitos, limites, efeitos e forma de execução.

Alguns doutrinadores consideram que a função punitiva deveria integrar o fundamento da fixação do valor da indenização, outros entendem que a indenização punitiva deveria ser considerada autônoma em relação ao dano em si. Parte mais radial da doutrina considera ainda que a indenização punitiva poderia figurar de forma autônoma mesmo em relação ao dano moral.

Outra corrente defende que não há espaço no Direito brasileiro para a indenização punitiva. Essa corrente divide-se entre os que consideram que o afastamento deve ser peremptório, e os que reconhecem que o grau de culpabilidade do ofensor deve ser utilizado para a fixação do dano moral.

Essa miscelânea de posições tem conduzido a uma situação angustiante nos processos envolvendo responsabilidade civil, já que a matéria é permeada de inúmeras dúvidas. A falta de critérios para a definição de uma punição (que segundo boa parte da doutrina não tem previsão legal e nem mesmo seria possível no sistema brasileiro) pode gerar insegurança e descrédito da sociedade em relação à função punitiva da responsabilidade civil.

O estudo proposto neste artigo não tem a pretensão de resolver

todas as dúvidas a respeito do tema; ao contrário, objetiva demonstrar que a matéria está longe de alcançar um consenso, mas que para evitar injustiças e decisões aberrantes a matéria precisa ser objeto de estudo jurídico técnico, sem cair no discurso meramente passional, o que se tornado corrente em muitas das questões que envolvem a disciplina de responsabilidade na atualidade.

Assim, chega-se a conclusão que a função punitiva e dissuasória em geral são utilizadas como fundamentos na fixação da indenização, o que representa a tendência jurisprudencial atual. No entanto, para a fixação da indenização não é feita em geral a separação do montante total da condenação do valor ou percentual que corresponde ao critério punitivo ou dissuasório. Essa lacuna, talvez seja reflexo das diversas controvérsias que gravitam em torno do tema, justificando a continuidade das discussões e pesquisas sobre matéria tão relevante que influencia diretamente na vida das pessoas, e que talvez tenha outros contornos em virtude das disposições do NCPC.

5. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a Teoria da Responsabilidade Civil sem Dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 6, Jan – Mar, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-e-c511dd4188a> Acesso em: mar. 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BACACHE-GIBEILI, Mireille. **Traité de Droit Civil**. Tome 5. 2ª ed, Paris: Economica, 2012.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONATTO, Fernanda Muraro. A quantificação da indenização por dano extrapatrimonial: análise dos critérios jurisprudenciais na determinação do *quantum debeat*. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 37, n. 2, p. 136-154, jul./dez. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 107.

FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. **Revista da AJuris**, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-195, set. 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no novo Código. In **O novo Código Civil e a Constituição**. Org Ingo Wolfgang Sarlet, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2003, p. 164.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive Damages no Direito Brasileiro. In **Revista dos Tribunais**, vol. 964, Fev., 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: do Inadimplemento das Obrigações**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Curso de Direito Civil – Vol. IV, Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 155.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto e CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil: Da Responsabilidade Civil e das Preferências e Privilégios Creditórios**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v.56, n.86, p.37-52, jul./dez. 2012.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil – a reparação e a pena civil**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Viera. **Princípio da Reparação integral – indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O Princípio da Reparação Integral e os Danos Pessoais**. **Jornal A Carta Forense**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>>

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 208.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil**: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no Direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VINEY, Geneviève e JOURDAIN, Patrice. **Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité**. 3ª ed., Paris: LGDJ, 2001

WESENDONCK, Tula. Transformações no Sistema das Ilícitudes no Código Civil de 2002. **Revista da AJURIS**, v. 36, n. 116, Dez/2009.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO NOVO CPC E A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO EM PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA

Luis Alberto Reichelt¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O perfil do duplo grau de jurisdição como direito fundamental e sua conformação diante das diferentes atuações nas relações entre o Estado e indivíduo. 3. A nova atuação da Administração Pública em âmbito recursal e suas razões. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO.

A problemática do duplo grau de jurisdição sempre foi um desafio considerado importante pela Administração Pública, produzindo impactos não só sobre sua própria atuação perante os administrados, mas também sobre o funcionamento do Poder Judiciário como um todo. A litigiosidade inerente à sociedade de massas guarda direta relação com a presença de um Estado que assume múltiplos papéis, propondo-se a agir como fiscalizador de muitas atividades individuais, comprometido com uma série de atividades prestacionais, atuando como agente presente no âmbito da relações econômico-sociais, dentre outras maneiras, mas sempre caracterizado pela geração de intenso e crescente contato social. Essa reflexão é importante, visto que é nesse mesmo contexto que, não por acaso, o volume de demandas judiciais envolvendo a Administração Pública assume proporções consideráveis, reclamando atuação em grande escala dos responsáveis pela oferta de prestação jurisdicional.

O presente ensaio pretende lançar luzes sobre a atuação da

¹ Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Professor nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado em Direito da PUCRS. Procurador da Fazenda Nacional em Porto Alegre (RS).

Administração Pública perante tribunais, vista sob o ângulo do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. Nesse sentido, propõe-se um exame em duas perspectivas. A primeira delas é a que envolve as diferentes conformações da atuação da Administração Pública nas relações com administrados e sua relação com o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. A segunda, por sua vez, pretende expor, em linhas gerais, um perfil atual a respeito do que vem se projetando do ponto de vista contemporâneo em relação à atuação da Administração Pública no âmbito recursal, em especial no que se refere às modificações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil brasileiro.

2. O PERFIL DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA CONFORMAÇÃO DIANTE DAS DIFERENTES ATUAÇÕES NAS RELAÇÕES ENTRE O ESTADO E INDIVÍDUO.

Dentre as diversas formas pelas quais se dá a atuação da Administração Pública, propõe-se sejam destacadas duas em especial. A primeira delas concerne ao papel da Administração Pública como ente que exerce poder perante a esfera jurídica dos indivíduos, limitando a sua liberdade, sua propriedade ou outras dimensões de sua esfera jurídica. É o que se vê, por exemplo, nos casos em que o Estado se coloca no exercício do poder de polícia, ou, ainda, do poder de tributar.

A outra forma a ser destacada, por sua vez, é a que concerne ao papel da Administração Pública como ente responsável pela assunção de compromissos com vistas à oferta de prestações estabelecidas no ordenamento jurídico. A realidade jurídica brasileira comporta um modelo de Estado que assume compromissos constitucionais de maneira expressa, *verbi gratia*, com vistas à oferta de atuações no âmbito da saúde, da educação e da seguridade social.

Em ambos os casos, o que se vê é a presença de demandas judiciais em larga escala. De acordo com levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça, as demandas judiciais envolvendo a

cobrança de créditos inscritos em dívida ativa montam 4,10% do total de processos em tramitação no Poder Judiciário em 2015. Se somadas às demandas que tratam do poder de tributar em geral, o número de processos sobe para mais de dois milhões. Em primeira instância, os processos envolvendo “Direito Tributário – dívida ativa” totalizam 1.610.846, caindo esse número em segunda instância para 111.463, não sendo considerados nessa conta os processos que tramitam perante Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais².

De outro lado, o mesmo relatório dá conta de que tramitaram no Poder Judiciário em 2015 mais de seiscentos e vinte mil processos concernentes a discussões em matéria previdenciária. Perante os Juizados Especiais tramitaram em 2015, em primeira instância, 158.859 processos tendo como tema de debate “Direito Previdenciário – Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez”, ao passo que a mesma matéria encontrava 33.547 processos perante as Turmas Recursais. A relevância dos debates judiciais envolvendo atuação prestacional pode ser ilustrada, ainda, em se considerando mais de oitenta e cinco mil processos tramitando perante tribunais tendo como tema “Direito Administrativo e outras matérias de direito público – Serviços/Saúde”³.

Para além das questões puramente econômicas ou estatísticas, é de se frisar que a análise dos dados acima apontados deve ser conjugada com a compreensão no sentido de que o exercício do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição nos processos que envolvem a Administração Pública envolve sempre a reflexão em torno do controle de juridicidade, e que esse controle se desenvolve nesse contexto em uma tríplice dimensão. A primeira delas é a que envolve o *controle no que se refere ao necessário respeito à juridicidade no âmbito do ato administrativo objeto de debate*. Esse direito da parte corresponde ora a um *direito fundamental de liberdade* (no caso de atuações que limitem o agir ou a propriedade

2 Justiça em números 2016: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. p.75.

3 Justiça em números 2016: ano-base 2015. Op. cit., p.75.

daqueles que se relacionam com a Administração Pública)⁴, ora a um *direito fundamental a uma prestação* (como ocorre, exemplificativamente, no caso de debates envolvendo atos administrativos relativos a direitos sociais)⁵.

A segunda dimensão a ser considerada, por sua vez, corresponde à necessidade de *controle da validade da decisão judicial que se pronunciou anteriormente a respeito de uma determinada atuação administrativa*. Sob essa ótica, o direito ao duplo grau de jurisdição em si assume as feições de *direito fundamental de liberdade*, manifestando-se como expressão da exigência de Estado de Direito. Essa projeção é inerente à própria natureza das razões que inspiram a existência de um sistema recursal.

Por fim, a última dimensão a ser considerada é a que envolve a consideração do direito ao duplo grau de jurisdição como *direito à obtenção de um novo pronunciamento judicial a respeito da questão anteriormente decidida*. Esse olhar destaca a condição de *direito fundamental a uma prestação* que também é inerente ao direito ao duplo grau de jurisdição.

3. A NOVA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA EM ÂMBITO RECURSAL E SUAS RAZÕES.

Já há algum tempo é possível identificar uma tendência de redesenho da atuação da Administração Pública em juízo no que se refere ao âmbito recursal. Um ponto de partida possível a ser considerado com vistas à compreensão dessa reinvenção do modo de agir é o que toma em conta o constante dos parágrafos segundo e terceiro adicionados ao art. 475 do CPC de 1973 pela Lei nº 10.352/2001. De acordo com tais comandos, não se submetia à remessa oficial a decisão nos casos em que a condenação, ou o direito controvertido,

4 Para reflexões sobre direitos fundamentais de liberdade, ver ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.331 e seguintes.

5 Sobre a caracterização de direitos fundamentais a prestações, ver ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Op. cit., p. 449 e seguintes.

fosse de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. Da mesma forma, não seria implementada a remessa oficial caso a sentença estivesse fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Um aprofundamento dessa proposta pode ser visto nos art. 19 da Lei nº 10.522/2002, segundo o qual a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional está autorizada a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistam outros fundamentos relevantes, na hipótese de a decisão versar sobre algum dos temas elencados em tal comando legal. Para além dos temas pontuais referidos no art. 18 da referida lei, é possível destacar o impacto exercido pelas decisões proferidas em recursos extraordinários dotado de repercussão geral e em recursos especiais dotados de caráter repetitivo, cujos precedentes então dotados de caráter persuasivo já eram vistos como razões contundentes a recomendar a não insurgência contra decisões que estivessem alinhadas em relação a eles. Mesmo a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores já era vista como fundamento a indicar orientação no mesmo sentido.

Uma diferença importante a ser considerada em relação ao constante do art. 19 da Lei nº 10.522/2002 é que o dispositivo em exame apontava no sentido de uma hipótese de dispensa de manejo de recurso veiculada sob a forma de *autorização*. A multiplicidade de hipóteses presentes em tal comando justificava a necessidade de uma atuação diligente do advogado público responsável pela análise das razões envolvidas no debate, identificando se os fatos do caso coincidiam com as razões que levaram à prolação de precedentes. O risco de quebra de isonomia no tratamento dos administrados/jurisicionados em tal contexto deve sempre ser tomado em conta como um resultado indesejável.

O novo Código de Processo Civil lança novas luzes sobre toda a reflexão que vinha se construindo até então. Isso pode ser visto,

ab initio, nos parágrafos terceiro e quarto do art. 496. Uma primeira mudança de rumo foi o que considerou os diferentes impactos econômicos exercidos pelas causas em relação aos diversos entes que compõem a Administração Pública. Nesse sentido, definiu-se no art. 496, § 3º, I que não se aplica a sistemática de remessa necessária quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público, elevando-se substancialmente o piso anteriormente estipulado. O comando em questão sinaliza no sentido da associação entre causas de maior valor e presença de interesse da Administração Pública, o que, por sua vez, serviria como indicativo a ser observado para fins de construção de uma atuação eficiente⁶.

Não se pode negar, no ponto, que a nova construção proposta acentua ainda mais a ênfase em uma argumentação que precisa ser analisada de maneira crítica. A importância de uma demanda não pode ser mensurada em função do valor atribuído à causa, requisito puramente processual, que não necessariamente retrata a relevância da causa a ser decidida. Basta pensar, nesse sentido, em situações nas quais o valor da causa seja inestimável, envolvendo obrigações de fazer que não possam ser mensuradas do ponto de vista econômico. Sob esse prisma, o correto é reconhecer que a consideração de uma demanda como relevante a ponto de justificar a implementação do reexame necessário pode decorrer do valor do objeto do debate, mas isso não deveria servir como razão para que o legislador pudesse concluir no sentido de que outras demandas importantes envolvendo causas de menor monta não deveriam ser igualmente submetidas ao regime jurídico previsto no art. 496 do CPC.

Por outro lado, a pretensão de escalonar valores levando em conta as diferentes realidades dos entes federativos ou de seus

6 Sintomática, nesse ponto, a observação feita por José Miguel Garcia Medina ao caracterizar os valores indicados pelo legislador como “*pouco significativos para justificar o reexame*” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 719).

respectivos órgãos de advocacia pública não pode ser tomada como justificativa suficiente para sustentar as distinções propostas no referido comando entre os diversos entes da federação. O conteúdo econômico da causa não necessariamente retrata a melhor ou pior estruturação econômica ou técnica das partes nele envolvidas⁷.

Da mesma forma, aferir a eficiência da atuação da Administração Pública tomando como ponto de referência o maior ou menor valor da causa é aderir a uma fórmula que dá azo a uma série de discussões, em especial no que se refere aos parâmetros eleitos com vistas à oferta de tratamento isonômico aos administrados. O critério de *discrimen* envolvido na realização da distinção acaba fazendo com que sejam separadas causas que envolvam direitos de natureza idêntica, mas com conteúdos econômicos de maior ou menor monta, de modo que apenas em alguns dos casos a parte vencedora ora possa usufruir dos efeitos da sentença que lhe são favoráveis⁸. É, pois, questionável a razoabilidade do fator eleito para distinção⁹.

Em suma, a correção da justificativa subjacente ao modelo proposto pelo legislador no ponto pressupõe uma visão holística da realidade, para além do simples comparativo instantâneo das realidades dos diversos indivíduos que controvertem com a Administração Pública em juízo. Por mais imperiosas que sejam as razões apresentadas para justificar as alterações legislativas mencionadas, o fato é que a atuação da Administração Pública no âmbito dos tribunais superiores

7 Assim RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública em Juízo*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2016. p. 87, anotando que “o critério utilizado para diferenciação dos Municípios é criticável, pois pode haver Municípios que não são capitais de Estados, mas que possuem receitas maiores que outros que configurem capitais, e mesmo órgãos de Advocacia Pública mais bem estruturados”. Em sentido contrário, ver Guilherme Rizzo Amaral, que entende que “o atual CPC institui um escalonamento, no intuito de tornar inversamente proporcional à grandeza de patrimônio do ente público a rigidez da proteção conferida pela remessa necessária; ou, sob outra ótica, tornar o teto de dispensa da remessa necessária diretamente proporcional ao patrimônio do ente público envolvido na causa” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às Alterações do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 604).

8 Sobre a estrutura lógica do raciocínio comparativo subjacente à análise em relação à igualdade/desigualdade jurídica, ver MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

9 A respeito do conteúdo da exigência de razoabilidade, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 102 e seguintes.

deve ser também pautada pelo compromisso com o direito fundamental ao tratamento isonômico dos administrados/jurisdicionados. No caso, a desigualdade na definição das normas processuais aplicáveis tende a gerar desigualdade também no que tange à definição do direito material a ser respeitado¹⁰.

Sofisticou-se, de outro lado, a fórmula de aderência ao estabelecido por tribunais superiores. Consta do art. 496, § 4º que não se aplica a sistemática de reexame necessário quando a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior (I), em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (II), em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (III) ou em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa (IV). A política encampada em tal comando guarda íntima relação com o constante do art. 927 do CPC, que trata as mesmas decisões como sendo de observância obrigatória pelos juízes e tribunais¹¹.

Inúmeras são as razões que se pode associar ao novo modelo proposto pelo legislador. As demandas por oferta de tratamento isonômico aos jurisdicionados, de garantia de segurança jurídica e de eficiência na atuação judicial da Administração Pública são daquelas que facilmente poderiam ser encontradas na doutrina¹². Para além

10 Segundo CADIET, Loïc e JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 7ª edição. LexisNexis, 2011. p. 56 e seguintes, o tratamento igualitário aos jurisdicionados depende do respeito a múltiplas dimensões, que vão desde a preocupação com o direito ao juiz natural, passando pela igualdade quanto às normas processuais a serem observadas e, por fim, à igualdade no que tange às normas a serem observadas no julgamento de mérito.

11 A simetria em questão é vislumbrada também por Leonardo Carneiro da Cunha, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1261-1262.

12 Para Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, “*objetiva o legislador compatibilizar verticalmente as decisões judiciais, velando pela unidade retrospectiva do direito brasileiro, além de racionalizar a própria atividade da Fazenda Pública em juízo*” (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 502). Assim também Elpidio Donizetti, para quem “*as novas disposições permitem a efetivação do princípio da razoável duração do processo especialmente nos casos em que, inevitavel-*

do aparente, cumpre anotar que também razões de ordem econômico-consequencialista acabam por justificar a inexistência de reexame necessário em tais hipóteses. A assunção de um estado de coisas tendencialmente consolidado faz com que se considere razoável que a Administração Pública não alimente a expectativa de alteração do entendimento consolidado. Sob essa ótica, tem-se que a determinação legislativa em exame faz com que o reexame necessário não possa se revelar como uma das ferramentas hábeis a impor a superação de precedentes vinculantes, mostrando a sua inaptidão com vistas à implementação de *overruling*, nos parágrafos do art. 927, todos do CPC.

Caminha-se em trilha igualmente espinhosa em se considerando algumas das novidades impostas pelo legislador na regulação da atividade recursal envolvendo a Fazenda Pública. Nesse sentido, cumpre registrar que o manejo de recursos com vistas à reforma de decisões pode ensejar a aplicação do constante do art. 85, § 11, do CPC, que impõe a majoração dos honorários estabelecidos em primeira instância. Por mais que seja inegavelmente merecida a remuneração do profissional que atua em nova fase processual em razão do maior esforço por ele desempenhado ao longo do tempo¹³, o fato é que a fórmula em questão tem o claro objetivo de inibir o manejo de recursos ulteriores¹⁴. Não por acaso é possível antever, sob o signo do interesse em reduzir o custo da litigiosidade, um aprofundamento da política dos entes da Administração Pública com vistas a autorizar/impor não sejam manejados recursos em casos nos quais se vislumbra que a orientação dos tribunais é desfavorável. A razão subjacente a essa redução no número de recursos interpostos, contudo, não parece ser a mais correta. Por mais que o clamor público

mente, o desfecho da demanda seria apenas confirmado pelo tribunal superior. A premissa nesses casos é: se a sentença está de acordo com o entendimento dos tribunais superiores, não há razões para submetê-la a reexame para simples confirmação do fundamento utilizado pelo julgador na fundamentação da sentença originária” (DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2016. p. 642-643).

13 Acertada, no ponto, a observação de AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às Alterações do Novo CPC*. Op. cit., p. 155.

14 Assim pensa Luiz Henrique Volpe Camargo, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 320.

pela redução das despesas arcadas pela Administração Pública na consecução das suas atividades seja digno de consideração, o fato é que a defesa dos entes públicos não pode ser transigente a ponto de simplesmente abrir mão do combate à ilegalidade tão somente pelo receio de ver o custo do processo se tornar mais alto.

Por fim, não se pode olvidar que a inafastabilidade do controle jurisdicional, objeto de direito fundamental consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, densificada sob a forma do regime jurídico em sede de gratuidade da justiça, acabará permitindo que muitos litigantes possam insistir em recorrer em face de decisões proferidas em demandas contra a Administração Pública. Contudo, em se considerando que a mesma gratuidade, por razões de ordem ontológica, não podem ser estendidas à Administração Pública, tem-se que o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição resta sensivelmente mitigado.

4. CONCLUSÃO

O panorama acima traçado mostra que o legislador responsável pela edição do novo CPC acaba por caminhar em uma trilha que já vinha sendo percorrida, a qual densifica de maneira peculiar o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição no que se refere à atuação da Administração Pública. A existência de limites a serem observados com vistas ao exercício não é, em si, o problema a ser considerado, mas, antes, é a extensão dessas restrições que pode gerar um quadro de questionável constitucionalidade.

Se o fato de a Administração Pública acabar não manejando recursos é, em essência, uma postura que envolve o caráter voluntário inerente a tais meios de insurgência contra decisões judiciais¹⁵, não menos verdadeiro é o fato de que esse silêncio não necessariamente significa que haja um juízo de concordância com os termos

15 A voluntariedade é traço inerente ao conceito de recurso, na esteira da célebre lição de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 14. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 233.

do comando judicial. O olhar da Administração Pública, em tal contexto, leva em conta uma realidade multifacetada, que toma em conta inúmeros fatores, como anteriormente visto. Para o observador externo, projeta-se um novo agir da Administração Pública em juízo, revendo-se o paradigma do estereótipo segundo o qual o poder público recorre de tudo aquilo que não lhe favorece. Isso não dispensa, contudo, a necessidade de uma reflexão crítica sobre as reais razões que levam a esse novo perfil de atuação.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 3º ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às Alterações do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 14. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CADIET, Loïc e JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 7ª edição. LexisNexis, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016.

CUNHA, José Sebastião Fagundes (org.). *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública em Juízo*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª edição. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CONSEQUÊNCIAS DA EQUIVOCADA APROXIMAÇÃO DO “IRDR” AO SISTEMA DE PRECEDENTES

Luiz Guilherme Marinoni¹

SUMÁRIO: 1. Objetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas; 2. A justificativa da exclusão dos litigantes das demandas individuais; 3. Coisa julgada sobre questão; 4. A possibilidade de o terceiro alegar a proibição de rediscutir a questão já decidida: *non-mutual collateral estoppel*; 5. O *collateral estoppel* diante das questões de direito; 6. A aproximação entre o *collateral estoppel* e o *stare decisis*; 7. O equivocado uso da ideia de “precedente” para justificar a decisão de questão prejudicial de muitos em incidente destituído de possibilidade de participação em contraditório; 8. Distinção entre resolver “questão” de terceiros e firmar precedente; 9. O direito fundamental de ação enquanto direito de discutir a questão e influenciar o convencimento do juiz; 10. A questão da afetação de terceiro pela decisão de questão (*non-mutual collateral estoppel*) nos Estados Unidos; 11. Participação e representação adequada; 12. Incidente de resolução de demandas enquanto justiça dos demandantes “sem rosto e sem fala”; 13. Illegítima e inconstitucional opção por quem viola direitos em massa; 14. O descaso em relação à ação coletiva e a preferência pelo incidente de resolução de demandas repetitivas; 15. Correção da inconstitucionalidade; 16. A ressurreição da força da representatividade adequada

1. OBJETIVO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O incidente de resolução de demandas repetitivas surgiu como meio para facilitar e acelerar a resolução de demandas múltiplas, que dependem da análise e decisão de uma “mesma” questão de direito (art. 976, I, CPC). Pretendeu-se igualmente evitar decisões diferentes para uma mesma questão, frisando-se que a instauração do incidente depende de “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976, II, CPC)

¹ Professor Titular da Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado na Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University. Diretor do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Conselho da International Association of Procedural Law. Advogado.

Na verdade, a isonomia e a segurança jurídica não constituem propriamente requisitos para a instauração do incidente, mas a justificativa do legislador para a sua previsão no Código de Processo Civil. É que, havendo centenas ou milhares de demandas que dependem da solução de uma mesma questão de direito, sempre há possibilidade de decisões diferentes para casos iguais.

Parte-se da premissa de que, como há apenas uma única questão a atingir todos os demandantes, cabe resolvê-la em separado, outorgando-se à decisão eficácia perante todos os litigantes das diversas ações individuais. Como é fácil perceber, o incidente, ao excluir a participação de todos em nome da otimização da resolução das demandas, exige grande esforço interpretativo.

2. A JUSTIFICATIVA DA EXCLUSÃO DOS LITIGANTES DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS

O legislador, para justificar a instituição de um procedimento que exclui a participação dos titulares da questão a ser resolvida, apegou-se à ideia de decisão que deve ser obrigatoriamente observada pelos juízes. Afirma o art. 927, III do Código de Processo Civil, que “os juízes e os tribunais observarão” ... “os acórdãos em incidente de assunção de incompetência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

Trata-se de clara suposição de que a decisão proferida em incidente que julga questão de direito de titularidade de muitos pode a eles ser naturalmente estendida, como se fosse um precedente obrigatório. O incidente de resolução de demandas repetitivas, ao afastar os litigantes das ações individuais da discussão da *mesma* questão de direito (art. 976, I, CPC), supõe que a decisão desta questão nada mais é do que um precedente que se aplica aos casos pendentes.

Note-se, aliás, que o art. 985 traz confissão neste sentido, afirmando não só que a decisão – chamada de “tese jurídica” – “*será aplicada*” a “todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre *idêntica questão de direito* e que tramitem na área de jurisdição

do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região” e “aos *casos futuros* que versem *idêntica questão de direito* e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986” (art. 985, I e II, CPC), mas também que, “*não observada* a tese adotada no incidente, *caberá reclamação*” (art. 985, § 1º, CPC).

Um precedente fixa o sentido do direito e, por isso, *naturalmente* diz respeito a todos, enquanto que uma decisão que resolve questão de direito que constitui prejudicial à tutela jurisdicional do direito de muitos, além de ter valor enquanto resolução de uma específica questão de direito, tem eficácia de coisa julgada em relação aqueles que têm os seus direitos discutidos. Torna-se necessário, assim, distinguir precedente de coisa julgada que recai sobre questão e pode atingir terceiro (artigos 503, § 1º e 506, CPC).

3. COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO

A decisão do incidente aplica-se em todos os processos pendentes que versem sobre *idêntica questão de direito* (art. 985, I, CPC), vale dizer, impede que os litigantes destes processos voltem a discutir a questão resolvida. De modo que a única dificuldade está em esclarecer o que significa proibir rediscutir questão já decidida.

Como é possível chamar a decisão que, ditada no processo de um para os casos de muitos, impede-os de relitigar a questão resolvida, submetendo-os? Perceba-se que a decisão tomada no referido incidente constitui uma nítida proibição de relitigar a questão já decidida, que, nos casos de decisão negativa àqueles que não puderam participar e discutir, assemelha-se a um *inusitado e ilegítimo “collateral estoppel”*.

Assim, na hipótese de decisão tomada em incidente de resolução de demandas repetitivas, há, embora não dito, coisa julgada sobre a questão presente nos vários casos repetitivos. A coisa julgada está a tornar indiscutível uma questão imprescindível para se chegar ao alcance da resolução dos vários casos pendentes.

Note-se que o novo código não limita a coisa julgada à parte dispositiva, mas admite a sua incidência sobre a questão, afirmando em seu art. 503, § 1º que a coisa julgada “*aplica-se à resolução de questão prejudicial*”, decidida expressa e incidentemente no processo, se: i – dessa resolução depender o julgamento do mérito; ii – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; iii – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”. Enquanto isso, diz o art. 506 que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não *prejudicando* terceiros”.

No caso de resolução de demandas repetitivas, a questão é pinçada dos casos pendentes e submetida a decisão do órgão julgador incumbido do incidente. Significa que se está diante de coisa julgada que afeta terceiros. Para que isso seja legítimo, na medida em que uma decisão não pode prejudicar a quem não pode participar, é indispensável viabilizar a participação do representante adequado dos litigantes excluídos.

Na verdade, o incidente de resolução, se bem visto – admitindo a participação do representante adequado –, é uma técnica processual absolutamente atrelada à coisa julgada em benefício de terceiros. Veja-se que tanto aquele que pode ser beneficiado pela coisa julgada, quanto aquele que pode ser excessivamente exposto à necessidade de se defender para não ser prejudicado por decisão que possa produzir coisa julgada em benefício de todos os seus adversários, pode requerer a instauração do incidente: i) para que a questão de todos seja discutida em processo conduzido por representante adequado que efetiva e vigorosamente defenda os direitos e ii) para que a questão de direito não venha a ser discutida e decidida inúmeras vezes, sempre com a possibilidade de produzir coisa julgada em benefício de terceiros. *De modo que o incidente tem importância para evitar que a coisa julgada em benefício de terceiros possa gerar abusos*².

2 Reconhece-se no direito estadunidense que, quando um sujeito pode ser responsabilizado diante de muitos em virtude de apenas um julgamento desfavorável, mas nenhuma van-

4. A POSSIBILIDADE DE O TERCEIRO ALEGAR A PROIBIÇÃO DE REDISCUTIR A QUESTÃO JÁ DECIDIDA: NON-MUTUAL COLLATERAL ESTOPPEL

Interessa lembrar que a proibição de relitigar questão já decidida surgiu no direito inglês e, posteriormente, foi bastante desenvolvida no direito estadunidense. Apenas mais tarde foi vista como útil por alguns doutrinadores da Europa continental³. O que se chama de *collateral estoppel* no *common law* é, em substância, o que se denomina de coisa julgada sobre questão no *civil law*. Mas a lembrança da origem do instituto é importante para demonstrar que o *collateral estoppel* é um instituto que, antes de mais nada, está preocupado em preservar a autoridade da decisão. Poder rediscutir a questão que está à base do dispositivo da decisão implica poder obscurecer a sua essência, fragilizando-se significativamente a sua autoridade.

Contudo, se a proibição de voltar a discutir questão determinante do resultado faz parte de orientação presente há muito no *common law*, só mais recentemente, em meados do século XX, surgiu no Estados Unidos a discussão a respeito da possibilidade de o terceiro – que não participou do processo – poder invocar a proibição da relitigação da questão já decidida. Antes disso, o *collateral estoppel* só podia ser alegado em ação posterior *entre as mesmas partes* – por qualquer das partes que discutiu a questão decidida – e, nesse sentido, falava-se em mutualidade do *estoppel*. O debate acerca da possibilidade de proibir a parte de relitigar decisão diante de *outro adversário* foi iniciado no célebre caso *Bernhard v. Bank of America National Trust and Savings Association*⁴, decidido pela Suprema Corte da Califórnia

tagem possui ao receber uma decisão favorável, este fica gravado com um gravíssimo e quase insuportável ônus de se defender. V. Steven P. Nonkes, Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits. *Cornell Law Review*. Vol. 94. 2009; Eli J. Richardson, Taking issue with preclusion: reinventing Collateral Estoppel. *Mississippi Law Journal*. Vol. 65. 1995.

3 Assim, por exemplo, Michele Taruffo, “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni, *Rivista di diritto processuale*, 1972, p. 290 e ss. Mais recentemente, ver Diego Volpino, *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*, cit.

4 Nesse caso, concluiu-se que a regra de que (apenas) as partes podem invocar a proibição de relitigar questão já decidida poderia ser excepcionada com base na justificativa de que também seria injusto permitir que uma parte possa rediscutir a mesma questão já decidida apenas

no início dos anos 40⁵.

A Suprema Corte estadunidense tratou pela primeira vez do assunto apenas em 1971, em *Blonder-Tongue Laboratories Inc. v. University of Illinois Foundation*⁶. Em *Blonder-Tongue*, a Universidade de Illinois alegou violação da sua patente. Porém, a Universidade já alegara, em ação anterior em que litigou *com outra parte*, que a sua patente teria sido infringida, quando se declarou a invalidade da patente. Diante disso, discutiu-se na Suprema Corte se a Universidade poderia ser impedida de rediscutir a decisão que anteriormente declarara a invalidade da sua patente. A Suprema Corte fez importantes considerações quanto às consequências econômicas da abertura à relitigação da validade da patente e, com base nelas, revogou parcialmente o precedente firmado em *Triplett v. Lowell*, alegando que a mutualidade do *estoppel* estava “*out of place*”.⁷ Entretanto, para deixar de lado o princípio da mutualidade firmado em *Triplett*, lembrou a Suprema Corte que a proibição de a parte voltar a litigar uma questão já decidida dependeria da verificação de se ela teve “*full and fair opportunity*” para litigar no processo anterior. Diante deste ponto, disse a Suprema Corte que se as questões em ambas as ações devem ser idênticas torna-se fácil decidir se a parte teve oportunidade de litigar de modo completo e adequado a questão⁸.

por estar diante de outro adversário. Ou seja, admitiu-se que o adversário, estranho ao caso em que decidida a questão, também pode invocar proibição de relitigar questão já decidida contra aquele que já a discutiu em processo anterior. “The case justify this exception on the ground that it would be unjust to permit one who has had his day in court to reopen identical issues by merely switching adversaries” (*Bernhard v. Bank of America Nat. Trust & Saving Association*, Supreme Court of California, 19 Cal2d 807, 122 P2d 892, 1942).

5 Austin Scott, Collateral Estoppel by judgment. *Harvard Law Review*. Vol. 56. 1942; Brainerd Currie, Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernherd doctrine. *Stanford Law Review*. Vol. 9. 1957.

6 402 U.S. 313 (1971).

7 “An examination of the *economic consequences* of continued adherence to *Triplett* has two branches. Both, however, begin with the acknowledged fact that patent litigation is a very costly process”. (...) “*Economic consequences* like these, to the extent that they can be avoided, weigh in favor of modification of the *Triplett* mutuality principle” (...) “the *economic consequences* of continued adherence to *Triplett* are serious and any reduction of litigation in this context is by comparison an incidental matter in considering whether to abrogate the mutuality requirement” (...) “it is apparent that the uncritical acceptance of the principle of *mutuality of estoppel* expressed in *Triplett v. Lowell* is today out of place. Thus, we conclude that *Triplett* should be overruled to the extent it forecloses a plea of estoppel by one facing a charge of infringement of a patent that has once been declared invalid” (*Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971).

8 “Economic consequences like these, to the extent that they can be avoided, weigh in favor

Tanto em *Bernhard* quanto em *Blonder-Tongue* firmaram-se os seguintes requisitos para a admissão da proibição de rediscussão: i) a questão que se pretende discutir deve ser idêntica (*the issue is identical*) àquela que já foi discutida; ii) deve ter ocorrido julgamento final de mérito (*a final judgments on the merits*) na ação anterior; iii) o litigante que se pretende proibir de discutir a questão deve não só ter sido parte na ação anterior, mas nela deve ter tido ampla e justa oportunidade de participar⁹. Nessas condições, o *collateral estoppel* passou a ser designado de *non-mutual collateral estoppel* exatamente para evidenciar a possibilidade de terceiro poder invocar a proibição de rediscussão contra aquele que participou.

O *non-mutual collateral estoppel* foi pensado inicialmente em perspectiva defensiva e, apenas posteriormente, enquanto *offensive collateral estoppel*¹⁰. *Blonder-Tongue* é um caso típico de *defensive collateral estoppel*, já que *Blonder-Tongue* se defende mediante a alegação de proibição de relitigação da questão da validade da patente.

Mas existem vários casos em que terceiro invoca a proibição de rediscussão para obter condenação daquele que, num primeiro processo, foi responsabilizado e condenado a pagar indenização em virtude do acidente que também o vitimou. Fala-se, nesse caso, de *offensive collateral estoppel*¹¹. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu em

of modification of the *Triplett* mutuality principle. Arguably, however, the availability of estoppel to one charged with infringement of a patent previously held invalid will merely shift the focus of litigation from the merits of the dispute to the question whether the party to be estopped had a full and fair opportunity to litigate his claim in the first action. It would seem sufficient answer to note that once it is determined that the issue in both actions was identical, it will be easier to decide whether there was a full opportunity to determine that issue in the first action than it would be to relitigate completely the question of validity. And, this does not in fact seem to have been a problem in other contexts, where strict mutuality of estoppel has been abandoned” (*Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971).

9 “The Supreme Court, Mr. Justice White, held that in patent infringement suit, patentee is estopped to assert validity of patent that has been declared invalid in prior suit in federal court against a different defendant, unless patentee demonstrates that he did not have full and fair opportunity, procedurally, substantively, and evidentially, to litigate the validity of his patent in the prior suit” (*Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971).

10 “Offensive use of collateral estoppel occurs when plaintiff seeks to foreclose defendant from litigating an issue the defendant previously litigated unsuccessfully in an action with another party, whereas defensive use occurs when defendant seeks to prevent plaintiff from asserting a claim plaintiff previously litigated and lost against another defendant” (*Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979).

11 Lisa L. Glow, Offensive Collateral Estoppel in Arizona: Fair Litigation v. Judicial Economy.

favor do uso ofensivo do *collateral estoppel* em 1979, ao julgar *Parklane v. Shore*¹². É interessante que, nesta ocasião, a Suprema Corte teve oportunidade de distinguir *Parklane* em face de *Blonder-Tongue* não só para demonstrar a distinção conceitual entre o *offensive* e o *defensive collateral estoppel*¹³, mas sobretudo para evidenciar a diferença de consequências concretas e práticas entre o uso de um e de outro¹⁴.

Arizona Law Review. Vol. 30. 1988; Ashley C. Perea, Broad discretion: a choice in applying offensive non-mutual collateral estoppel, *Arizona State Law Journal*, Vol. 40. 2008; Joshua M. D. Segal, Rebalancing fairness and efficiency: The offensive use of collateral estoppel in § 1983 actions. *Boston University Law Review*. Vol. 89. 2009; Eli J. Richardson, Taking issue with preclusion: reinventing Collateral Estoppel. *Mississippi Law Journal*. Vol. 65. 1995; Steven P. Nonkes, Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits. *Cornell Law Review*. Vol. 94. 2009.

- 12 “A stockholder’s class action was brought against corporation, its officers, directors, and stockholders who allegedly issued a materially false and misleading proxy statement. Before the action came to trial, the SEC sued the same defendants, alleging that the proxy statement was materially false and misleading in essentially the same respects. The District Court, after a nonjury trial, entered a declaratory judgment for the SEC, and the Court of Appeals affirmed. Plaintiff in the instant case then moved for partial summary judgment, asserting that defendants were collaterally estopped from relitigating the issues resolved against them in the SEC suit. The United States District Court for the Southern District of New York denied the motion, but the Court of Appeals, Second Circuit reversed, and certiorari was granted because of an intercircuit conflict. The Supreme Court, Mr. Justice Stewart, held that: (1) the petitioners had a ‘full and fair’ opportunity to litigate their claims in prior action brought by the SEC, and petitioners were therefore collaterally estopped from relitigating the question of whether the proxy statement was materially false and misleading, and (2) the use of offensive collateral estoppel by plaintiff respondent, predicated on a prior suit brought by the Securities and Exchange Commission, would not violate the Seventh Amendment jury trial right of petitioners (*Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979).
- 13 “involved defensive use of collateral estoppel – a plaintiff was estopped from asserting a claim that the plaintiff had previously litigated and lost against another defendant. The present case, by contrast, involves offensive use of collateral estoppel – a plaintiff is seeking to estop a defendant from relitigating the issues which the defendant previously litigated and lost against another plaintiff. In both the offensive and defensive use situations, the party against whom estoppel is asserted has litigated and lost in an earlier action” (*Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979).
- 14 “Nevertheless, several reasons have been advanced why the two situations should be treated differently. First, offensive use (...) does not promote judicial economy in the same manner defensive use does. Defensive use (...) precludes a plaintiff from relitigating identical issues by merely ‘switching adversaries’ (...). Thus defensive collateral estoppel gives a plaintiff strong incentive to join all potential defendants in the first action if possible. Offensive use of collateral estoppel, on the other hand, creates precisely the opposite incentive. Since a plaintiff will be able to rely on a previous judgement against a defendant but will not be bound by that judgement if the defendant wins, the plaintiff has every incentive to adopt a ‘wait and see’ attitude, in the hope that the first action by another plaintiff will result in a favorable judgement (...). Thus offensive use (...) will likely increase rather than decrease the total amount of litigation, since potential plaintiffs will have everything to gain and nothing to lose by not intervening in the first action”. Em segundo lugar, o uso ofensivo “may be unfair to a defendant. If a defendant in the first action is sued for small of nominal damages, he may have little incentive to defend vigorously, particularly if future suits are not foreseeable (...). Allowing offensive collateral estoppel may also be unfair to a defendant if the judgement relied upon as a basis for the estoppel is itself inconsistent with one or more previous judgements in favor of the defendant. Still another situation where it might be unfair to apply offensive estoppel is where the second action affords the defendant procedural opportunities unavailable in the first action” (*Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979).

De qualquer forma, a Corte concluiu que nenhum dos argumentos que poderiam justificar a rejeição do uso do *offensive collateral estoppel* estariam presentes no caso sob julgamento e, assim, decidiu que as partes estavam *collaterally estopped* de relitigar a questão.

Do problema e da discussão levada a efeito no direito estadunidense¹⁵ retiram-se consequências muito importantes para o direito brasileiro, especialmente para a sobrevivência do incidente de resolução de demandas repetitivas: i) o *collateral estoppel* proíbe a rediscussão de questão já decidida; ii) o *non-mutual collateral estoppel* permite que terceiro invoque a proibição de discussão de questão já decidida desde que a questão posta no novo processo seja idêntica, tenha sido julgada mediante sentença final de mérito, e que aquele que se pretende proibir de voltar a discutir tenha adequadamente participado do primeiro processo; iii) os terceiros, quando a decisão não os beneficia, sempre conservam o direito de propor as suas ações sem qualquer limitação de discussão. Claramente significa que a proibição de relitigar questão já decidida jamais pode prejudicar aquele que não teve oportunidade de discuti-la. Isso porque, como foi assentado em *Parklane v. Shore*, não há como atingir quem não participou do processo e, portanto, não teve oportunidade de ser ouvido, sem violar o *due process*¹⁶.

5. O DESENVOLVIMENTO DO COLLATERAL ESTOPPEL: DAS QUESTÕES DE FATO ÀS QUESTÕES DE DIREITO E A SUA COLOCAÇÃO EM FACE DA CLASS ACTION

A proibição de relitigar questão, surgida no ancestral direito inglês, limitou-se num primeiro momento aos fatos. É interessante recordar que a tradição da cultura inglesa foi particularmente marcada pelos valores do calvinismo e do protestantismo acético¹⁷. Esses valores não só apontaram para um modo de vida que impunha a

15 Warren Freedman, *Res Judicata and Collateral Estoppel*, Westport: Quorum, 1988.

16 “It is a violation of due process for a judgment to be binding on a litigant who was not a party nor privy and therefore has never had an opportunity to be heard” (*Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979).

17 Max Weber, *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo* (edição de Antônio Flávio Pierucci), São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

previsibilidade do direito¹⁸ e, por consequência, colaboraram para o surgimento do mecanismo do *stare decisis*¹⁹, como também tiveram influência nas bases daquilo que mais tarde veio a ser concebido como *collateral estoppel*. É possível dizer que no direito inglês, as preclusões, compreendidas como formas de proibição de retorno a algo já afirmado ou decidido, têm como fundamento a ideia de que o homem não pode negar as situações para as quais contribuiu com a sua própria conduta²⁰.

Esse princípio de ordem religiosa e moral tomou forma jurídica e teve grande repercussão sobre o desenvolvimento do direito processual. Importa aqui ter em conta que a ideia de *estoppel* constituía uma vedação de a parte, depois de proferida a decisão, negar ou colocar em dúvida os fatos por ela alegados e discutidos. Essa ideia foi relacionada ao sistema de registro ou gravação por escrito das atividades desenvolvidas pelas partes no processo. Da transcrição por escrito (*recorded*) das alegações realizadas pela parte no curso do processo decorria uma presunção de verdade, chancelada por meio do que se designou *estoppel by record*²¹. Tratava-se de uma técnica que impedia a parte de pôr em dúvida as alegações e as conclusões que deram origem à decisão de resolução do litígio, mas que era vista como regra de prova. Assim, não é de espantar que o mais antigo e célebre sinal histórico-jurídico de *collateral estoppel* em favor de terceiro esteja

18 “A ideia de dever profissional, a que se associou um forte acento sobre a responsabilidade – resultante da necessidade de comprovação da eleição –, consiste em um modo de viver dotado de racionalidade. A busca da comprovação da eleição nos atos da vida intramundana, especificamente no exercício da profissão, não podia ocorrer sem um método capaz de permitir o controle racional sobre a ação humana. Para que essa pudesse gerar os melhores resultados era imprescindível a previsibilidade, sem a qual o sujeito jamais poderia saber se os seus atos produziram efeitos positivos” (Luiz Guilherme Marinoni, *A Ética dos precedentes*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 25-26).

19 Luiz Guilherme Marinoni, *A Ética dos precedentes*, cit., esp. cap. 1.

20 “... o cumprimento das obrigações como *dever religioso* geram ao calvinista um extremo rigor consigo mesmo, isto é, uma rigorosa e contínua inspeção da sua conduta profissional e pessoal. A comprovação da eleição, como nada tem a ver com a realização de obras meritórias isoladas, exigia uma auto-inspeção contínua e sistemática, capaz de propiciar ao homem a certeza de que fora eleito” (Luiz Guilherme Marinoni, *A Ética dos precedentes*, cit., p. 24-25). V. Max Weber, *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo* (edição de Antônio Flávio Pierucci), cit., p. 106 e ss.

21 Robert Millar, *The historical relation of estoppel by record to res judicata*, *Ill L. Review*, 1940-1941.

num parágrafo de Bentham escrito em *Rationale of Judicial Evidence*. Disse Bentham, na célebre obra publicada em 1827, que há razão para dizer que um homem não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão proferida em processo de que não foi parte; *mas não há qualquer razão para dizer que ele não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão proferida em um processo em que foi parte, simplesmente porque o seu adversário não foi*²².

A introdução do conceito romano de *res judicata* no direito inglês fez com que o *estoppel*, concebido como exigência de presumir verdadeiras as alegações de fato deduzidas e declaradas no processo, aproximasse-se da ideia de coisa julgada, de modo que a preclusão sobre os fatos passou a ser aceita como uma consequência da coisa julgada. Basicamente, entendeu-se que, se a coisa julgada faz recair efeitos preclusivos sobre o resultado final do processo ou sobre a parte dispositiva da decisão, o *estoppel* acobertava as passagens ou as questões de fato solucionadas pelo juiz para chegar ao desenlace do litígio²³. Daí o motivo pelo qual se passou a falar em *estoppel by judgment*.

Porém, ainda que concebido como *estoppel by judgment*, o instituto prosseguiu relacionado apenas com os fatos e, inclusive, influenciou a inserção da coisa julgada no espaço teórico da “prova dos fatos”²⁴. Deixando-se de lado as diversas teorizações que demonstraram que a coisa julgada situa-se em lugar diferente, em que a definição

22 Jeremy Bentham, *Rationale of judicial evidence*, cit., p. 579. Lembre-se que a opinião do Justice White, em *Parklane*, afirma que a admissão da discussão da mesma questão, apenas em razão de o adversário ser outro, traz péssimas consequências em termos econômicos. Porém, é interessante observar que o Justice White, para justificar a sua posição, alude à contrariedade de Bentham diante da regra da mutualidade do *collateral estoppel*: “the cases and authorities discussed above connect erosion of the mutuality requirement to the goal of limiting the relitigation of issues where that can be achieved without compromising fairness in particular cases (...). The broader question is whether it is any longer tenable to afford a litigant more than one full and fair opportunity for judicial resolution of the same issue (...). It encompasses the concern exemplified by Bentham’s reference to the gaming table in his attack on the principle of mutuality of estoppel. In any lawsuit where a defendant, because if the mutuality principle, is forced to present a complete defense on the merits to a claim which the plaintiff has fully litigated and lost in a prior action, there is and arguable misallocation of resources” (*Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979).

23 Michele Taruffo, “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni, *Rivista di diritto processuale*, 1972, p. 275 e ss.; Diego Volpino, *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*, cit., p. 291 e ss.

24 Diego Volpino, *L’oggetto del giudicato nell’esperienza americana*, cit., p. 292 e ss.

dos fatos não tem qualquer importância teórica²⁵, interessa desde logo lembrar que o problema da preclusão da rediscussão das questões de direito era encoberto pelo *stare decisis*, suficiente para impedir uma Corte a retornar a uma questão de direito que já decidira.

Não obstante, devido à percepção de que na grande maioria dos casos concretos a distinção entre questão de fato e questão de direito era artificial²⁶, tanto a doutrina quanto as Cortes estadunidenses, inclusive a Suprema Corte, passaram a entender que o *collateral estoppel* também se aplica às “*issues of law*”²⁷, evidenciando-se que os efeitos preclusivos derivados de uma decisão desfavorável sobre questão de direito não se confundem com a autoridade dos precedentes²⁸.

Sobre o tema do *collateral estoppel* diante de questão de direito é interessante considerar a decisão da Suprema Corte estadunidense em *Montana v. U.S.*, proferida em fevereiro de 1979²⁹. Nesse caso, o governo dos Estados Unidos, enquanto responsável por exigência fiscal imposta pelo estado de Montana, recebeu decisão desfavorável da Suprema Corte deste estado. Num segundo processo, o governo dos Estados Unidos voltou a questionar a constitucionalidade da imposição fiscal perante Corte do Distrito de Montana, que, após declarar que o governo não estava proibido de voltar a discutir a questão de constitucionalidade em virtude da primeira decisão da Suprema Corte do estado, reconheceu que a exigência fiscal feria a Constituição. Porém, em razão de *appeal* do estado de Montana, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que a primeira decisão da Suprema Corte de Montana proibia a rediscussão da constitucionalidade da exigência fiscal, declarando a legitimidade do *collateral*

25 Giuseppe Chiovenda, Sulla cosa giudicata, *Saggi di diritto processuale civile* (reimpressão), v. 2, cit.

26 V. Ronald J. Allen e Michael S. Pardo, The myth of the law-fact distinction, *Northwestern University Law Review*, 2003.

27 “The doctrine of collateral estoppel is applicable not merely to questions of fact but also to questions of law” (Austin Scott, Collateral estoppel by judgment, *Harvard Law Review*, 1942, p. 3 e ss); V. Geoffrey Hazard Jr., Preclusion as to issues of law: the legal system’s interest, *Iowa Law Review*, 1984, p. 81 e ss.

28 Fleming James Jr., Geoffrey Hazard Jr. e John Leubsdorf, *Civil Procedure*, cit., p. 585, 614.

29 *Montana v. U.S.*, 440 U.S. 147 (1979).

estoppel em face de uma questão de direito³⁰.

Frise-se que a Suprema Corte dos Estados Unidos, nesse caso, claramente considerou que estava diante de uma proibição de relitigar questão de direito em virtude de anterior decisão, ou seja, não supôs que havia impossibilidade de rediscussão da questão por existir um precedente. Tanto é que analisou se o governo dos Estados Unidos teve “*full and fair opportunity*” no primeiro processo e, por conta disso, decidiu que o governo estava *estopped* de buscar uma decisão contrária à questão num segundo processo³¹. Como é evidente, esta análise seria completamente desnecessária caso a Suprema Corte tivesse admitido que estava diante de um precedente, quando obviamente não importaria quem teve “*full and fair opportunity*” de participar.

Em 1996, a Suprema Corte estadunidense não só voltou a afirmar o *collateral estoppel* diante de questão de direito, como declarou que o *collateral estoppel* não poderia obstaculizar a participação de quem não foi adequadamente representado na primeira ação. Em *Richards v. Jefferson County*,³² após três contribuintes terem arguido a inconstitucionalidade de uma taxa de ocupação estabelecida pelo condado – Jefferson County –, que restou reconhecida constitucional pela Corte estadual, outro grupo de contribuintes, mediante *class action*, voltou-se contra a constitucionalidade da mesma taxa. A Suprema Corte estadual decidiu que o segundo grupo de contribuintes

30 “A government contractor, at the direction of the United States, filed suit in Montana courts attacking the constitutionality of Montana’s imposition of a one percent gross receipts tax upon contractors of public, but not private, construction projects. After the Montana Supreme Court upheld the tax, and at the Solicitor General’s direction, the contractor abandoned its request for review by the United States Supreme Court. Thereafter, in another suit challenging the constitutionality of the tax, also financed and directed by the Government, a three-judge panel in the United States District Court for the District of Montana, ruled that the United States was not bound by the Montana Supreme Court’s decision and that the tax violated the supremacy clause. On appeal by the State of Montana, the United States Supreme Court, Mr. Justice Marshall, held that the prior judgment by the Montana Supreme Court upholding the tax precluded the United States from contesting its constitutionality” (*Montana v. U.S.*, 440 U.S. 147, 1979).

31 “Finally, the Government has not alleged unfairness or inadequacy in the state procedures to which it voluntarily submitted. We must conclude therefore that it had a full and fair opportunity to press its constitutional challenges in *Kiewit I*. Accordingly, the Government is estopped from seeking a contrary resolution of those issues here” (*Montana v. U.S.*, 440 U.S. 147, 1979 – Opinion Mr. Justice Marshall).

32 *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, (1996).

estava proibido de discutir a questão em virtude do *collateral estoppel*, ou seja, dos efeitos preclusivos da decisão proferida na primeira ação – que ficou conhecida como “*Bedingfield action*”. Mas a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso, declarou que a decisão da Corte estadual, ao proibir os contribuintes que não participaram do processo de discutir a mesma questão de constitucionalidade, negou o precedente firmado em *Hansberry v. Lee* – célebre por ter firmado a necessidade da “representação adequada” para compatibilizar a *class action* com a garantia constitucional de participação no processo³³ –, além de ter violado o *due process*³⁴.

Ao decidir a partir da *opinion* do Justice Stevens, a Suprema Corte dos Estados Unidos lembrou ser pacífica a ideia de que ninguém pode ser prejudicado por uma decisão proferida em processo de que não foi parte, advertindo que esta ideia faz parte de uma tradição histórica profundamente enraizada nos Estados Unidos, de que todos têm direito a um dia perante a Corte. Ao adentrar no argumento de que a Suprema Corte estadual, para aceitar o *collateral estoppel* em face do grupo de contribuintes presente no segundo processo, admitiu que os contribuintes presentes no primeiro processo teriam representado adequadamente os contribuintes do segundo processo³⁵, a Suprema Corte estadunidense passou a tratar da inexistência de “representação adequada” na “*Bedingfield action*”³⁶.

33 *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 61 S.Ct. 115, 1940.

34 “Two classes of taxpayers brought state court declaratory judgment actions against county challenging constitutionality of statute authorizing county to levy occupational tax and ordinance levying tax. The Circuit Court, Jefferson County, John E. Rochester, J., entered summary judgment for county on state constitutional claims. Granting county permission to appeal denial of summary judgment on federal claims, the Supreme Court, Almon, J., reversed and remanded. On writ of certiorari, the Supreme Court, Justice Stevens, held that: (1) prior litigation to challenge constitutionality of county’s occupation tax did not bind different taxpayers and did not bar them from challenging allegedly unconstitutional deprivation of their property, and (2) county was not entitled to rely on assumption that prior litigation conclusively established constitutionality of tax” (*Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 1996).

35 “The Alabama Supreme Court concluded that res judicata applied because petitioners were adequately represented in the *Bedingfield action*” (*Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 1996).

36 “Because petitioners received neither notice of, nor sufficient representation in, the *Bedingfield* litigation, that adjudication, as a matter of federal due process, may not bind them and thus cannot bar them from challenging and allegedly unconstitutional deprivation of their property. (*Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 1996).

A Suprema Corte lembrou que, em *Hansberry v. Lee*, declarou que subordinar litigantes a uma decisão proferida num processo em que não foram partes e em que não foram “*adequately represented*” viola a cláusula do *due process*, prevista na 14a. Emenda. A Suprema Corte então advertiu que a decisão da Corte do Alabama estava a apresentar a mesma questão num diferente contexto. Observou que os contribuintes que participaram do primeiro processo não falaram em nome da classe de contribuintes presente no segundo processo. A *opinion* do Justice Stevens afirma que, como os autores da segunda e da primeira ação são melhor descritos como “strangers” uns aos outros, não há como pensar em representação adequada, de modo a tornar o alcance dos contribuintes do segundo processo de acordo com o *due process*³⁷. Como os contribuintes da primeira demanda atuaram em nome próprio, *negou-se ter ocorrido cuidado em tutelar os interesses dos membros da classe na forma determinada em Hansberry v. Lee*. Assim, a Suprema Corte dos Estados Unidos concluiu que a decisão que estava sob análise, ao declarar que as partes estavam subordinadas à decisão tomada em “*Bedingfield*”, violou a garantia do *due process of law*³⁸, *demonstrando que a circunstância de alguns poderem discutir uma questão de direito que também diz respeito ao direito de outros jamais pode excluir o direito dos últimos de falar direta ou indiretamente – mediante representação adequada – perante a Corte*.

6. A APROXIMAÇÃO ENTRE O COLLATERAL ESTOPPEL E O STARE DECISIS

Quando o *collateral estoppel* é relacionado às questões de direito, como, por exemplo, à questão de se saber se uma determinada imposição fiscal é constitucional, também resta preclusa à parte que plenamente participou do processo a possibilidade de voltar a discutir a questão em outra demanda, ainda que diante de litigante diverso.

37 *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, (1996).

38 “the State Supreme Court’s holding that the petitioners are bound by (...) *Bedingfield* deprived them of the due process of law guaranteed by the Fourteenth Amendment” (*Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 1996).

Vale aqui a já lembrada advertência de Bentham, no sentido de que *não há razão para sustentar que alguém não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão que proferida em processo em que foi parte, simplesmente porque o seu adversário não foi*³⁹. Frise-se que a ideia do *non-mutual collateral estoppel* é exatamente a de que, se alguém já teve o devido espaço para discutir uma questão, não há motivo para ter outra oportunidade para discuti-la, pouco importando se diante da mesma parte com quem anteriormente litigou ou diante de um novo litigante.

Mas o *stare decisis* também impõe uma decisão (*rectius: ratio decidendi*) que resolve questão de direito. Assim, é possível ver uma superposição parcial entres os efeitos do *stare decisis* e do *non-mutual collateral estoppel*. Em razão do *stare decisis*, todos restam vinculados ao precedente, enquanto que, em razão do *collateral estoppel*, a decisão da questão de direito vincula as partes que puderam discuti-la em pleno contraditório.

Isso sucede em razão de o *stare decisis* e de o *collateral estoppel* terem objetivos semelhantes. Ora, se o *stare decisis* objetiva resguardar a coerência do direito, a igualdade e a segurança jurídica, é certo que impedir a busca de uma decisão diferente acerca de uma mesma questão diante de outro litigante tutela os mesmo valores, embora, como é óbvio, com uma intensidade distinta. Lembre-se, aliás, que o primeiro artigo do Capítulo “Do incidente de resolução de demandas repetitivas” – o art. 976 do CPC –, afirma que o incidente de resolução pode ser instaurado quando houver, simultaneamente, “*efetiva repetição de processos*” em que se controverta “*a mesma questão*” de direito e “*risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*”.

Porém, o *collateral estoppel* tem grande particularidade em relação ao *stare decisis*. O *collateral estoppel* apenas pode prejudicar os litigantes que participaram do processo em que a decisão foi proferida, ao passo que o *stare decisis* vincula todos os juízes e tribunais, afetando todos os jurisdicionados.

39 Jeremy Bentham, *Rationale of judicial evidence*, cit., p. 579.

7. O EQUIVOCADO USO DA IDEIA DE “PRECEDENTE” PARA JUSTIFICAR A DECISÃO DE QUESTÃO PREJUDICIAL DE MUITOS EM INCIDENTE DESTITUÍDO DE POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO EM CONTRADITÓRIO

O legislador brasileiro tentou legitimar a não participação no incidente de resolução de demandas mediante uma norma confusa e contraditória, que, ao elencar decisões de diferentes espécies como se fossem “precedentes”, afirma que “os juízes e tribunais observarão” o acórdão em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 927, III, CPC).

Obrigar a observar uma decisão proferida em local em que o litigante do caso sob julgamento não participou só tem sentido quando se pensa em sistema de precedentes ou *stare decisis*. De fato, o legislador equivocadamente pensou que poderia suspender o exercício do direito de ação para fomentar a criação de um precedente aplicável a todos. Raciocinou como se precedente fosse um nome mágico, capaz de legitimar a imposição de uma decisão a quem não teve oportunidade de participar. Tanto é verdade que disse, no art. 985, que julgado o incidente a tese jurídica *também* será aplicada “aos casos futuros” (art. 985, II, CPC).

Deixando-se de lado – por enquanto – a diferença entre as preclusões relativas a um precedente e à coisa julgada sobre questão, importa sobretudo perceber que não há como paralisar o direito de influir sobre a Corte para formar um precedente, dando-lhe efeito retroativo.

Um precedente surge naturalmente do exercício do direito de ação e dos casos que são submetidos à Corte. Suspender o exercício do direito de participar para formar um precedente retroativo é, sem qualquer dúvida, não só ignorar que o jurisdicionado tem direito a um dia perante a Corte, mas também não perceber que o objetivo do sistema de precedentes é regular o modo de ser do direito e não resolver casos de massa.

Uma técnica de resolução de casos múltiplos não pode considerar situações jurídicas de massa para privilegiar o encontro de

uma decisão sem a participação dos membros do grupo afetado. Isso constituiria uma ilegítima priorização da otimização da prestação jurisdicional sobre o direito fundamental de participar do processo.

8. DISTINÇÃO ENTRE RESOLVER “QUESTÃO” DE TERCEIROS E FIRMAR PRECEDENTE

As Cortes Supremas, nos termos da Constituição Federal, têm a incumbência de outorgar sentido ao Direito, propiciar o seu desenvolvimento e garantir a unidade da sua aplicação. Portanto, o sistema de precedentes tem o objetivo de outorgar autoridade às *rationes decidendi* firmadas pelas Cortes Supremas. Diversos casos, marcados por diferenças razoáveis, podem ser resolvidos por um precedente que define o sentido do direito. Porém, as decisões firmadas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas não têm qualquer preocupação em orientar a sociedade ou a regular o modo de ser do direito, mas objetivam resolver uma *mesma* questão litigiosa prejudicial à solução de inúmeros casos pendentes. O incidente de resolução é uma técnica processual destinada ao encontro de uma decisão para a questão replicada nas múltiplas ações pendentes. Bem por isso, como é óbvio, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve questões idênticas. Essa é a distinção básica entre o sistema de precedentes das Cortes Supremas e o incidente destinado a dar solução a uma questão prejudicial a múltiplos casos.

A circunstância de o incidente de resolução tratar de “idêntica questão” (art. 985, I e II, CPC) tem clara repercussão sobre o raciocínio que dá origem à decisão judicial. Essa decisão obviamente não é elaborada a partir da regra da *universabilidade*, ou seja, da regra que determina que um precedente deve ser aplicável ao *maior número de casos possíveis*⁴⁰. A decisão de resolução de demandas repetitivas ob-

40 A universabilidade, ou seja, a necessidade de que um argumento de validade de uma conclusão seja capaz de sustentar igual resultado diante de narrativas análogas, constitui regra de racionalidade do discurso prático, de que o discurso jurídico é apenas um caso especial. Ninguém deve invocar um motivo para justificar uma ação sabendo que não poderá utilizá-lo para justificar ações similares, assim como ninguém pode invocar razão diversa para deixar de praticar ação com o mesmo conteúdo. Diante da impossibilidade de se ter uma

jetiva regular *uma “mesma questão”* (art. 976, I, CPC) infiltrada em casos que se repetem ou se multiplicam.

Assim, a técnica da distinção não tem a mesma relevância em se tratando de resolução de demandas repetitivas. Nesses casos, caberá a distinção apenas para demonstrar que determinada questão é diferente daquela que foi já resolvida ou submetida ao incidente. Mas aí jamais se utilizará a técnica da distinção para limitar ou ampliar o alcance do precedente em razão de circunstância não considerada no momento da sua elaboração. Isso só pode ocorrer quando o precedente revela o direito que é racionalmente aplicável a determinada situação concreta, o qual, assim, pode não ser aplicável em face de certa situação ou ser racionalmente aplicável diante de outra.

Ademais, um precedente pode ser revogado, daí importando as situações que surgiram com base na confiança nele depositada. No entanto, a decisão proferida no incidente produz coisa julgada *erga omnes*, podendo ser “revista” para os casos futuros apenas por legitimado adequado que não litigou a questão ou por litigante que foi representado mas não havia proposto demanda individual, sempre com base em fundamento que não foi decidido, ou seja, com base em fundamento que poderia ter sido deduzido – mas não foi – para a discussão da questão decidida e objeto de revisão. Frise-se que a questão decidida não é apenas de titularidade dos litigantes dos casos pendentes, mas também daqueles que podem litigar no futuro. Para os últimos, há atenuação do efeito preclusivo da coisa julgada que recaiu sobre a questão decidida.

Os litigantes afetados pela decisão tomada no incidente têm uma possibilidade de argumentar em face da aplicação da decisão que é muito mais restrita do que a do litigante diante do precedente.

interpretação ou uma decisão *substancialmente* correta e da consciência de que a tarefa das Cortes Supremas é outorgar sentido ao direito mediante as “razões apropriadas” ou as “melhores razões”, a universabilidade constitui critério de correção da *racionalidade* da decisão, pois permite ver que as razões que a justificaram a decisão não são “apropriadas” nem as “melhores”, na medida em que inaplicáveis a casos similares, isto é, a casos que deveriam ser solucionados mediante as mesmas razões. V. Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 131 e ss.; Paula Pessoa Pereira, *Legitimidade dos precedentes*, São Paulo: Ed. RT, 2015.

E isso pela razão de que a questão decidida no incidente é idêntica, é a mesma. Se a questão é a mesma, a decisão será *inapelavelmente* aplicada em todos os casos pendentes. Como já dito, a lógica da aplicação do precedente, por ser outra, não impede o litigante do caso sob julgamento de demonstrar que a questão sob julgamento, apesar de formalmente parecer igual, tem particularidades que a diferenciam, impedindo a aplicação do precedente.

Como também já lembrado, há sempre possibilidade de a parte argumentar no sentido do desgaste ou da necessidade da superação do precedente, sendo isto impossível no caso de decisão de questão tomada para casos *pendentes*. Aliás, no caso de precedentes são admitidas técnicas de operação que consistem em distinções inconsistentes ou que se destinam à manutenção formal do precedente para a adequada resolução do caso ou para a não violação da confiança justificada⁴¹. Bem vistas as coisas, o litigante não tem seus direitos processuais preclusos em virtude de um precedente; esse vincula o juiz. Preclusão propriamente dita ocorre no caso de decisão de questão, pois esta proíbe que a parte afetada – *mas que participou do processo* – volte a relitigá-la.

Note-se que não há como tomar em conta uma situação conflitiva, de que podem surgir inúmeras pretensões à tutela de direitos individuais, e instaurar processo para firmar precedente destinado a vincular a todos. O precedente é consequência da tarefa jurisdicional de atribuir sentido ao direito e regular casos futuros; não pode ser visto como técnica de resolução de demandas que derivam de um específico caso conflitivo concreto.

Para que fique mais claro, convém um exemplo: a decisão do Superior Tribunal de Justiça que declarou a responsabilidade objetiva

41 Os princípios institucionais do *overruling* justificam resultados diferentes em épocas distintas. Da mesma forma, princípios institucionais podem justificar resultados conflitantes diante de uma distinção inconsistente. Como demonstra Melvin A. Eisenberg (*The nature of the common law*, Cambridge: Harvard University Press, 1978), existem fortes razões a justificar a prática da distinção inconsistente. Quando o tribunal ainda não está plenamente convencido de que o entendimento anterior deve ser revogado ou deixado de lado, ele pode realizar distinção inconsistente como passo provisório para a revogação total. Em outra hipótese, o tribunal pode formular exceção num nível de generalidade abaixo do necessário para restar totalmente de acordo com os princípios, como passo provisório à generalização completa. Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 4a. ed., cit., Capítulo III, item 4.3.4.

da LANTAM diante de um acidente aéreo, ao observar determinados critérios, constitui precedente capaz de regular caso relativo a acidente da GOL. Porém, a decisão desfavorável – que declarou não existir responsabilidade – a familiares de passageiro envolvido no acidente da GOL não pode ser invocada por esta companhia aérea *para proibir* os familiares de outro passageiro envolvido no mesmo acidente de discutir a responsabilidade. Todos os familiares dos mortos em acidente aéreo têm direito de reivindicar seus direitos e, assim, de discutir perante o Tribunal as questões que lhes dizem respeito. A menos que prefiram ter à frente representante adequado, capaz de efetivamente discutir e postular os seus direitos mediante ação coletiva.

Se o precedente firmado no caso LANTAM pode orientar o julgamento do caso GOL, isso não quer dizer que os familiares das vítimas estejam proibidos de discutir questões ou tenham seus direitos constitucionais de ação limitados. Têm eles o direito de argumentar mediante a técnica da distinção e de apontar para a necessidade de revogação do precedente, embora possam ter que se render ao sentido do direito delineado pela Corte Suprema, na medida em que, como é óbvio, todos estão subordinados à ordem jurídica.

Tudo isso significa, de modo inquestionável, que a decisão do incidente não pode ser compreendida como um precedente, mas como inusitada decisão de questão de muitos em local que veda a participação em contraditório. Exatamente por isso, é preciso resgatar a constitucionalidade do incidente resolução (a seguir, itens 15 e 16), abrindo-se oportunidade para a participação dos representantes adequados dos litigantes excluídos.

9. O DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO ENQUANTO DIREITO DE DISCUTIR A QUESTÃO E INFLUENCIAR O CONVENCIMENTO DO JUIZ

O direito fundamental de ação, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, tem como corolário o direito de efetivamente participar em contraditório do processo para influir sobre o

convencimento do juiz. Não fosse assim, de nada valeria afirmar que ninguém pode ser lesado ou privado do seus bens sem o devido processo legal, ou melhor, sem poder ser ouvido pela Corte.

Não é por outro motivo que, nos Estados Unidos, não se admite que alguém possa ser prejudicado por uma decisão relativa a questão prejudicial que não teve oportunidade de discutir em contraditório. Ora, o contrário estaria ferindo o direito de todo e qualquer cidadão a um dia perante a Corte ou o direito ao devido processo, que também pode ser visto como direito de influenciar a Corte, corolário do nosso direito fundamental de ação.

Como é óbvio, não é apenas nos Estados Unidos que todos têm “right to a day in Court”. Portanto, não há como ter como legítima, no direito brasileiro, a afetação da esfera jurídica de alguém que não teve oportunidade de discutir uma questão de direito que é prejudicial à solução do seu caso. Retenha-se o ponto: se o Código de Processo Civil de 2015 admite falar em coisa julgada sobre questão (art. 503, CPC) e, igualmente, em coisa julgada em benefício de terceiro (art. 506, CPC), assemelhando o sistema brasileiro ao estadunidense, isto certamente não quer dizer que alguém possa ser prejudicado por uma decisão de questão proferida em processo em que não foi chamado a participar. Na verdade, isto negaria a própria mensagem do art. 506, no sentido de que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não *prejudicando* terceiros”.

Por identidade de razões, não há como suspender processos pendentes, em que jurisdicionados estão exercendo o seu direito fundamental de ação, para vinculá-los a uma decisão proferida em “incidente” que não lhes confere o direito de falar e de influenciar a Corte.

10. A QUESTÃO DA AFETAÇÃO DE TERCEIRO PELA DECISÃO DE QUESTÃO (NON-MUTUAL COLLATERAL ESTOPPEL) NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos é obviamente pacífica a ideia de que ninguém pode ser afetado por decisão tomada em processo de que

não participou⁴². Exige-se para a admissão do alcance da parte não apenas a sua citação para poder participar do processo, mas também que tenha tido “*full and fair opportunity*” para litigar⁴³.

Assim, por exemplo, se um procedimento não deu à parte oportunidade de discutir plenamente a questão não há racionalidade em proibi-la de discuti-la em nova ação. Até porque a lógica do *collateral estoppel* obviamente desejar negar não só a possibilidade de discutir “questão decidida”, mas antes de tudo questão *efetivamente discutida*. Em *Parklane*, a Suprema Corte analisou se existiam outros meios processuais que, não tendo sido oportunizados no procedimento do primeiro caso, poderiam ter gerado um resultado diverso. A partir desta e outras considerações, declarou a propriedade da invocação do *collateral estoppel* por ter a parte tido “*full and fair opportunity do be heard*”⁴⁴.

Porém, é preciso também observar que a busca de otimização da prestação jurisdicional obrigou a distinções teóricas e levou à elaboração de teses destinadas a justificar o alcance de pessoas que, a princípio, não estariam na posição de partes. Uma conhecida limitação à impossibilidade de a decisão afetar “não-partes” está na chamada “rule of privity”. Admite-se que “não-partes” possam ser afetadas por uma decisão quando têm uma relação especial com as partes, ou seja, quando têm com as partes uma relação de “privity”⁴⁵. Assim, por exemplo, um beneficiário da herança poderia ser afetado pela decisão tomada numa ação em que apenas o seu administrador foi parte.

42 A Suprema Corte dos Estados Unidos assim declarou em *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*: “due process prohibits applying collateral estoppel to one who has never appeared in prior action”. Em *Parklane v. Shore*: “it is a violation of due process for a judgment to be binding on a litigant who was not a party nor privy and therefore has never had an opportunity to be heard”. Em *Baldwin v. Iowa*: “doctrine of due process under Constitution does not involve right to litigate same question twice”.

43 “The doctrine of Collateral Estoppel will not be applied unless it appears that the party against whom the estoppel is asserted had a full and fair opportunity to litigate the issue in the prior proceeding, and that the application of the doctrine will not result in an injustice to the party against whom it is asserted under the particular circumstances of the case” (*Rachal v. Hill*, 435 F2d 59, 5th Cir., 1970).

44 *Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979.

45 O Segundo “Restatement of Judgments” assim afirma: “*privity* refers to a cluster of relationships under which the preclusive effects of a judgment extend beyond a party to the original action and apply to persons *having specified relationships to that party*”.

Também se pretendeu, no direito estadunidense, justificar o atingimento de “nonparties” com base na ideia de “virtual representation”. Bastaria, em uma perspectiva larga da aplicação desta ideia, que parte e “não partes” estivessem diante de um mesmo quadro de fato e com interesse num mesmo resultado. Contudo, a tese da representatividade virtual, neste termos, foi forte e amplamente rejeitada pelas Cortes estadunidenses⁴⁶. A Suprema Corte dos Estados Unidos teve oportunidade de declarar, em *Martin v. Wilks*, que “nonparties” não podem ser alcançadas por uma decisão simplesmente porque os seus interesses são “*essentially identical*” aos daqueles que participaram do processo⁴⁷.

11. PARTICIPAÇÃO E REPRESENTAÇÃO ADEQUADA: NÃO HÁ QUALQUER PREOCUPAÇÃO COM “REPRESENTAÇÃO ADEQUADA” NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

A decisão proferida em *Martin v. Wilks*, é certo, poderia ser vista de outra forma. Este caso envolve uma decisão estrutural, voltada à eliminação de discriminação racial contra negros no corpo de bombeiros de Birmingham. Em *Martin v. Wilks*, um grupo de bombeiros brancos, que não participara do processo, postulou a invalidade da decisão estrutural sob o argumento de que esta impunha à municipalidade a prática de ações inconstitucionais. Alegou-se que a decisão estrutural,

46 *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, (1996); *Becherer v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 193 F3d 415, 428-429 (6th Cir, 1999).

47 “We granted certiorari (...) and now affirm the Eleventh Circuit’s judgment. All agree that ‘it is a principle of general application in Anglo-American jurisprudence that one is not bound by a judgement *in personam* in a litigation in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service of the process [*Hansberry v Lee*] (...). This rule is party of our ‘deep-rooted historic tradition that everyone should have his own day in court (...). A judgement or decree among parties to a lawsuit resolve issues as among them, but it does not conclude the rights of strangers to those proceedings’ (...) ‘a party seeking a judgement binding on another cannot obligate that person to intervene; he must be joined’. Joinder as a party, rather than knowledge of a lawsuit and an opportunity to intervene, is the method by which potential parties are subjected to the jurisdiction of the court and by a judgement or decree. The parties to a lawsuit presumably know better than anyone else the nature and scope of relief sought in the action, and at whose expense such relief might be granted. It makes sense, therefore, to place on them a burden of bringing in additional parties where such a step is indicated, rather than placing on potential additional parties a duty to intervene when they acquire knowledge of the lawsuit. The linchpin of the ‘impermissible collateral attack’ doctrine-the attribution of preclusive effect to a failure to intervene-is therefore quite inconsistent with rules 19 and 24 [from Federal Rules of Civil Procedure]” (*Martin v. Wilks*, 490 U.S. 755, 1989).

ao afirmar e impor um sistema de preferência por negros, teria criado uma discriminação inversa. A decisão da Suprema Corte não tratou da questão da discriminação contra os negros ou mesmo do argumento da segunda ação, no sentido de que decisão estrutural estava a impor condutas inconstitucionais à municipalidade. Decidiu-se que os bombeiros brancos, por não terem participado do processo, tinham direito a uma decisão sobre a sua demanda, ou seja, tinham direito de saber se a decisão estrutural estava a impor ações inconstitucionais.

A pretensão exercida em *Martin v. Wilks* colocou em jogo a efetividade de uma *injunction* estrutural, ou seja, da mais importante forma de tutela de direitos civis nos Estados Unidos, mediante a qual se pode buscar reestruturar uma organização burocrática para torná-la de acordo com a Constituição. Decisão desta natureza, além de carregada de relevante impacto social, atinge grande número de indivíduos e mesmo diferentes grupos de sujeitos.

Nessa dimensão, é possível questionar se a ideia de direito de participação dos bombeiros brancos, prejudicados pela decisão estrutural, poderia inviabilizá-la. Perceba-se, em outras palavras, que se poderia até dizer que a decisão proferida em *Martin v. Wilks* contém um fundamento que, quando visto em face da natureza da decisão estrutural destinada a remover um estado de discriminação racial, tem um caráter individualista que o deslegitima⁴⁸.

Porém, ainda que se possa distinguir participação de representação para efeito de legitimar a decisão proferida em face de quem não participou, há que se ter em conta que a representação, para poder suprir o direito de participar, deve ser necessariamente adequada. Nessa altura dos estudos sobre a tutela coletiva, não se pode negar que o direito fundamental de ser ouvido pela Corte é totalmente compatível com a representação adequada. Nesse caso, a participação, indispensável para a legitimação do exercício do poder, é indireta, e, por isso mesmo, exige a aferição da qualidade da representação, que

48 Owen Fiss, The political theory of the class action, *Washington and Lee Law Review*, v. 53, 1996.

certamente não pode ser qualquer uma.

Lembre-se que a *class action* do direito estadunidense, embora possa ser proposta por qualquer um do grupo, depende de representação adequada⁴⁹. Tem legitimidade para a *class action* aquele que, ao propor a ação, é declarado representante adequado. A adequação da representação é aferida e declarada no caso concreto. A representação é adequada não só quando o representante tem motivo e razão para tutelar os direitos dos membros do grupo, mas também quando o seu advogado e assistentes técnicos têm capacidade técnica para exercer a defesa dos direitos.

Ademais, se o representante é automeado, os membros da classe têm que ter oportunidade para impugnar a adequação da representação. É por isso que se faz a notificação dos membros, comunicando-se-lhes o que está para ocorrer perante o juiz e a respeito das qualidades do representante. Desta forma, abre-se oportunidade para a impugnação da representação e à Corte melhor espaço para o cumprimento do seu dever de zelar pelo devido processo legal, analisando rigorosamente a capacidade do representante para encabeçar a ação e defender os direitos da classe. A notificação pretende assegurar que o automeado representante seja um defensor efetivo e vigoroso para todos os membros do grupo. Afinal, o *due process*, ao deixar de depender da participação direta, requer adequação da representação para que o exercício do poder jurisdicional não se constitua em arbítrio.

No direito brasileiro, a representação adequada também é imprescindível nas ações voltadas à tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos. Na verdade, a representação adequada é indispensável em qualquer sistema que tutele direitos sem a participação

49 A Suprema Corte dos Estados Unidos, em *Hansberry v. Lee*, anunciou que o elemento que legitima a *class action* perante o *due process* é a representação adequada: “The Fourteenth Amendment does not compel state courts or legislatures to adopt any particular rule for establishing the conclusiveness of judgments in class suits nor does it compel the adoption of the particular rules thought by the United States Supreme Court to be appropriate for federal courts, but there is a failure of ‘due process of law’ only where it cannot be said that the procedure adopted fairly insures the protection of the interests of absent parties who are to be bound by it” (*Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 61 S.Ct. 115, 1940).

direta dos seus titulares. Tratando-se de compensação da participação direta e, portanto, de mecanismo destinado a permitir a participação em local em que o poder estatal é exercido, a representação adequada é elemento integrante da estrutura do processo civil democrático.

O que pode variar, assim, é apenas a forma para alcançá-la. No direito estadunidense, qualquer membro do grupo, efetivamente compromissado com os direitos da classe e apto a defendê-los com vigor, pode automear-se representante. Porém, além de notificação dever ser feita aos membros do grupo de modo a informá-los sobre o que ocorrerá perante o juiz e a respeito das funções e qualidades do representante, há oportunidade para impugnação da representação, bem como para requerimento de exclusão do grupo (*right to opt out*). No Brasil, como é sabido, a representação adequada é definida em lei, especialmente na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, mas também em outros microssistemas, como, exemplificativamente, no Estatuto da criança e do adolescente, na Lei de proteção da mulher contra a violência doméstica (Lei n. 11.340/2006), na Lei de tutela do idoso (Lei 10.741/2003), na Lei de tutela das pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 7.853/89), na Lei de tutela dos negros contra a discriminação racial (Lei 12.228/2010) e na Lei de tutela dos investidores do mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/89).

No direito brasileiro, quando em jogo direitos individuais homogêneos, é impossível pensar em excluir o representante adequado, sob pena de violação ao devido processo legal. Portanto, o incidente de resolução de demandas deveria ter previsto, nos moldes da tradição do direito brasileiro, a participação dos legitimados adequados à tutela dos direitos dos litigantes excluídos. Contudo, o incidente nada previu em termos de representação adequada. Como já dito, o legislador partiu da premissa de que o incidente não estaria a resolver questão da titularidade dos litigantes das demandas repetitivas, mas simplesmente abrindo oportunidade à elaboração de precedente obrigatório (art. 927, III, CPC) sobre questão de direito – curiosamente

do interesse dos litigantes excluídos.

Olhando-se o incidente à luz da representação adequada, seria possível dizer que qualquer litigante das demandas que se repetem pode se autonear representante ou imputar a outro litigante este encargo, nos moldes do sistema estadunidense. Ocorre que, nos Estados Unidos, confere-se aos membros da classe oportunidade para impugnar a representação adequada – que, frise-se, também se estende à possibilidade de impugnação da capacidade técnica do advogado –, além de sair do grupo. Mais do que isso: no direito estadunidense o juiz tem dever de rigorosamente controlar a adequação da representação no caso concreto, evitando não só exercer poder em face de pessoas ou grupos destituídos de voz, mas também afetar sujeitos ou classes que não têm condição de influenciar o seu convencimento.

Em contrapartida, no incidente pouco importa se o litigante que se coloca como autor, ou a quem é imposta a condição de réu pelo seu adversário, tem vontade e capacidade técnica para estar à frente dos litigantes excluídos. Esta é uma questão ignorada pela lei processual. Assim, certamente não se verifica, por exemplo, se o autor ou o réu que se coloca no lugar dos excluídos sustentou suas razões no julgamento do incidente, nos termos do art. 984, II, “a” do Código de Processo Civil, que confere ao autor e ao réu do processo originário o prazo de trinta minutos para tanto. Também se ignora se o advogado da parte que faz as vezes dos excluídos é habituado a sustentações orais no tribunal ou se a parte tem condições financeiras para sustentar a viagem do seu advogado à sede de Tribunal Regional Federal, quando o processo originário é oriundo de comarca sediada em outro estado. Estes são apenas exemplos para evidenciar o completo descaso em relação à representação adequada da parte do processo originário, o qual pode se tornar ainda mais dramático quando se tem em conta que o processo originário, que deu origem ao incidente, pode ser estrategicamente identificado pelo litigante que é parte em todas as demandas repetitivas para ter a oportunidade de se defrontar perante o tribunal com parte cujo advogado não vem se esforçando na defesa do seu constituinte,

ou já apresentou peças processuais com argumentação insuficiente.

No incidente também não importa a vontade dos litigantes excluídos, que não podem deixar de se submeter à decisão, estando, aliás, numa posição muito mais difícil do que a dos titulares de direitos individuais homogêneos representados na ação coletiva pelos legitimados *ope legis* à propositura da ação coletiva. É que, na ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada não prejudica os representados em caso de improcedência do pedido (art. 103, III, CDC). Anote-se que o art. 103, § 2º do CDC afirma que, “na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”.

Por fim, sequer se imagina a possibilidade de os excluídos não concordarem ou impugnarem a presença de determinado litigante como representante adequado no incidente. Na verdade, todo o raciocínio antes desenvolvido foi realizado apenas para demonstrar que o legislador obviamente não viu a parte presente no incidente como um representante adequado.

Se a participação é imprescindível para a legitimação do exercício do poder jurisdicional, nos processos em que direitos são reivindicados à distância da presença dos seus titulares a representação adequada é a fórmula que dá corpo ao devido processo legal. No incidente de resolução de demandas repetitivas sequer se pensou na necessidade de representação adequada, seja na representação adequada *ope legis*, prevista especialmente na Lei da Ação Civil Pública e no CDC, seja numa eventual – e em desacordo com a tradição do direito brasileiro – representação adequada *ope judicis*. Isso fica absolutamente claro em face do modo como o incidente trata da participação das partes do processo originário no incidente, que não podem ter a sua condição de representante adequado sequer aferida pelo tribunal ou impugnada pelos litigantes não-partes do incidente. Assim, não obstante se possa deixar de lado a ideia de que o devido processo legal depende necessariamente de participação direta, admitindo-se a suficiência da

representação adequada em caso de processo coletivo, não há qualquer possibilidade de sustentar que o incidente de resolução de demandas repetitivas, nos termos em que estruturado pelo Código de Processo Civil de 2015, está de acordo com o *due process*.

12. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS ENQUANTO JUSTIÇA DOS DEMANDANTES “SEM ROSTO E SEM FALA”

O incidente de resolução de demandas repetitivas parte do pressuposto de que os interessados na decisão a ser proferida, e que, portanto, indiscutivelmente têm o direito constitucional de discutir a questão a ser decidida, não precisam ser representados. É absurdo, porém verdadeiro. O Código de Processo Civil alude apenas àqueles que podem requerer a instauração do procedimento (art. 977, CPC) e à possibilidade de manifestação de “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” (art. 983, CPC). Nada diz sobre aqueles que estariam representando os interessados, num bizarro esquecimento do significado de processo civil democrático e de tutela coletiva dos direitos.

O incidente de resolução de demandas, nos termos em que está posto pelo Código de Processo Civil, constitui uma técnica que nega o direito fundamental de ação, ou seja, o direito a um dia perante a Corte, dando origem a uma espécie de “justiça dos cidadãos sem rosto e fala”, para a qual pouco importa saber se há participação ou, ao menos, “representação adequada”.

13. ILEGÍTIMA E INCONSTITUCIONAL OPÇÃO POR QUEM VIOLA DIREITOS EM MASSA

Mas a situação é ainda pior. O incidente não apenas cala os interessados, que na verdade são as pessoas que tiveram os seus direitos violados em massa e, assim, necessitam propor ações individuais que contêm questões prejudiciais idênticas. Bem vistas as coisas, o incidente privilegia aqueles que violam direitos ou produzem danos em massa.

É interessante retornar ao direito estadunidense para demonstrar

a que ponto de ilegitimidade constitucional chegou o procedimento do incidente. Nos Estados Unidos, utiliza-se o *collateral estoppel* em casos de acidentes que dão origem a múltiplos danos. Assim, por exemplo, em casos de acidentes aéreos e ferroviários. Num acidente deste tipo, se existem centenas de prejudicados, a derrota da empresa dita responsável na primeira ação pode torná-la responsável perante os demais prejudicados – obviamente que considerada, entre outros pontos, a devida oportunidade de participação da empresa no processo em que a decisão foi tomada.

Contudo, como a decisão não pode prejudicar aquele que não participou do processo, uma decisão em favor da empresa, que negue a sua responsabilidade no acidente, não se estende aos demais acidentados, impedindo-os de relitigar a questão da responsabilidade. Essa circunstância, que obviamente não poderia ser pensada de outro modo sob pena de violação do “*right to a day in Court*”, levou a doutrina estadunidense a afirmar que o *offensive collateral estoppel*, nos casos de danos múltiplos, estaria a impor um excessivo ônus de defesa àquele a quem a responsabilidade é atribuída. O dito responsável, para se livrar do dever de indenizar, teria que se defender em todas as ações individuais.

Quando alguém pode ser responsabilizado diante de muitos em razão de uma decisão desfavorável, mas nenhuma vantagem tem em face dos demais ao obter uma decisão positiva, surge aos membros do grupo inúmeras chances – a dar origem a diversas estratégias – para a obtenção de decisão favorável, ao passo que aquele que pode ser responsabilizado assume uma pesada posição, considerando-se a necessidade de o procedimento e a técnica processual tratar as partes de modo equilibrado.

Para resolver o problema, foram apresentadas várias alternativas⁵⁰. Entre elas, argumentou-se que a parte que pode ser afrontada

50 Eli J. Richardson, Taking issue with preclusion: reinventing Collateral Estoppel. *Mississippi Law Journal*, vol. 65, 1995; Steven P. Nonkes, Reducing the unfair effects of nonmutual issue preclusion through damages limits, *Cornell Law Review*, vol. 94, 2009.

por muitos pode requerer a chamada de todos para participar da primeira ação proposta. Mas, se não há chamamento por desídia do sujeito dito responsável, esse continua sujeito a tantas demandas quantos forem os prejudicados, sempre se sujeitando aos efeitos da questão preclusa ou da proibição de relitigar.

Lembre-se que, como o terceiro prejudicado não pode ser proibido de discutir a questão decidida, o *non-mutual collateral estoppel* apenas pode ser invocado em face da parte que adequadamente participou em contraditório. Porém, quando um conflito envolve centenas de lesados em face de uma empresa dita responsável, advertiu-se, para evitar um pesado ônus ao afirmado infrator, que esse pode requerer o chamamento de todos aqueles que podem demandá-lo (*mandatory joinder*⁵¹). A convocação dos terceiros ocorre para que o dito infrator não seja excessivamente exposto à necessidade de se defender e, assim, para que os seus direitos processuais não sejam tratados de forma desequilibrada diante dos direitos dos seus adversários. Perceba-se que o direito estadunidense transforma a ação individual numa ação coletiva, em que todos os lesados participam, para preservar o grande benefício da proibição de relitigação de uma mesma questão⁵².

No Brasil o raciocínio é *exatamente oposto, capaz de estimular os interesses dos violadores de plantão*. Opta-se por uma estratégia em que se nega participação aos lesados e se confere ao infrator oportunidade incondicional de estar presente no único local em que a questão será resolvida. O incidente simplesmente prefere ignorar os lesados, dando oportunidade para o afirmado violador ou responsável participar sem ter qualquer adversário capaz de representar aqueles que entendem que os seus direitos foram violados. Diante do incidente, ao invés de se privilegiar o direito constitucional de participar dos lesados, consagra-se a oportunidade de o infrator sempre estar presente, concentrando esforços num único local.

51 Helen Hershkoff, *Aggregation of parties, claims, and actions, Civil litigation in comparative context*, New York: Thomson/West, 2007, p. 369 e ss.

52 Isso significa que a coletivização da demanda individual nada mais é do que uma garantia do litigante único e não algo que pode ser utilizado para abreviar de forma indevida a tutela dos direitos dos membros dos grupos.

14. O DESCASO EM RELAÇÃO À AÇÃO COLETIVA E A PREFERÊNCIA PELO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

A sociedade contemporânea é uma sociedade de massa – de produção em massa. Os conflitos de massa nada mais são do que uma particularidade deste modelo de sociedade. Nestes conflitos, um dos polos é sempre ocupado pelo produtor ou fornecedor e o outro pelos vários usuários, consumidores ou simplesmente lesados. Essa relação fez surgir o que foi designado pelo legislador de “direitos individuais homogêneos”, para os quais foi estabelecido um modelo procedimental diferenciado, caracterizado por uma nova ideia de legitimidade para a causa – dos legalmente definidos como representantes adequados (art. 5º, Lei da Ação Civil Pública, e art. 82 do CDC) – e de coisa julgada material – *erga omnes* (art. 103, III, CDC)

A coisa julgada *erga omnes* é sustentada pela outorga de legitimidade a entes vistos pelo legislador como capazes de efetivamente representar e tutelar os direitos das pessoas que não participam diretamente do processo. Embora a outorga de legitimidade *ad causam* a entes capazes constitua o ponto chave da aprovação do procedimento legal em face do *due process*, o sistema faz questão de afastar a coisa julgada *erga omnes* quando o pedido é julgado improcedente. Em caso de improcedência, como diz o art. 103, § 2º, do CDC, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor as suas ações individuais.

Este sistema, além de preservar e garantir os direitos processuais constitucionais dos litigantes – que têm a garantia de serem adequadamente representados e, portanto, têm preservado o direito de participar e ser ouvido –, ainda representa um mecanismo que favorece uma posição ativa da sociedade diante do Estado⁵³.

É difícil entender o motivo pelo qual o legislador tem sido

53 Como escreve Denti, “sembra indubbio che l'utilizzazione delle azioni giudiziali a tutela di interessi collettivi vada inquadrata nell'ampio contesto della partecipazione pubblica” (Vittorio Denti, *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna: Il Mulino, 1982, p. 192).

indiferente à ação coletiva, como recentemente aconteceu quando deixou de considerar o projeto de reforma da Lei da Ação Civil Pública e, após, quando desprezou a importância da regulação de um adequado sistema coletivo de tutela de direitos no Código de Processo Civil de 2015.

O legislador tem o dever de criar canais de comunicação entre a sociedade e o Judiciário, ou melhor, canais que viabilizem a participação do povo na reivindicação da tutela judicial dos seus direitos, sob pena de violar o seu dever normativo de tutelar os direitos fundamentais, especialmente o direito fundamental de participação do cidadão no poder, ou seja, no processo em que os seus direitos são definidos.

Note-se que isto apenas pode ser feito mediante um canal ou procedimento que abra oportunidade à participação, vale dizer, ao exercício do direito de falar e de influir sobre a Corte, para o que, tratando-se de direitos de membros de grupos ou de direitos individuais homogêneos, é obviamente imprescindível pensar em representação adequada ou na outorga de legitimação a entes capazes de representar os titulares dos direitos que deixam de *diretamente* participar.

Tudo evidencia, portanto, que o legislador de modo ilegítimo e inconstitucional preferiu instituir um incidente para a definição de direitos múltiplos sem que os seus titulares tivessem qualquer possibilidade de participação, ainda que indiretamente mediante a representação dos entes capazes de representá-lo, como os já definidos na Lei da Ação Civil Pública e no CDC. Mas a pretensão do legislador torna-se ainda mais reprovável quando se vê que ele “facilitou as coisas” exatamente àqueles que não podem ser privilegiados em face dos direitos fundamentais, ou seja, àqueles que frequentemente se colocam na posição de violadores dos direitos em massa.

15. CORREÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE

A doutrina tem sério e inafastável compromisso com os direitos fundamentais. Assim, obviamente não pode dizer “amém” a um procedimento que, sob o pretexto de dar otimização à resolução das

demandas, viola claramente o direito fundamental de ser ouvido e de influenciar o juiz.

Não há como negar a realidade: no incidente de resolução de demandas repetitivas julga-se questão de muitos em processo de alguns. Como é óbvio, se no Estado Democrático de Direito a participação é indispensável requisito de legitimação do exercício do poder, não há como imaginar que uma decisão – ato de positivação do poder estatal – possa gerar efeitos em face de pessoas que não tiveram oportunidade de participar ou não foram adequadamente representadas.

Contudo, a invalidade constitucional de um procedimento é resultado extremo, que deve ser evitado quando se pode corrigi-lo de modo a dar-lhe legitimidade constitucional. Admitindo-se que o legislador cometeu um equívoco, ou seja, que não quis excluir a possibilidade de participação indireta do litigante, porém apenas se esqueceu de regulá-la, há como aceitar a possibilidade de a doutrina e os tribunais, mediante interpretação, corrigirem o desvio do legislador, evitando-se, assim, a simples proclamação da invalidade ou da inconstitucionalidade do incidente, cuja repercussão sobre o novo sistema processual civil certamente não seria boa.

16. A RESSURREIÇÃO DA FORÇA DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

Como já dito, o legislador limitou-se a definir aqueles que podem requerer a instituição do incidente de resolução: o juiz ou o relator, de ofício, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública (art. 977, CPC). A norma mistura juiz e relator com partes de um caso repetitivo e com o Ministério Público e a Defensoria Pública. Evidentemente, os últimos, mas jamais os primeiros, podem ser vistos como representantes adequados dos litigantes excluídos de participação direta. Porém, o que faz a norma falar em Ministério Público e em Defensoria evidentemente não é o dever de tutela dos direitos dos membros do grupo, mas um mero interesse “público” de otimizar a administração da prestação jurisdicional.

Por outro lado, a ideia de ouvir “interessados” na solução da controvérsia, posta no *caput* do art. 983 do Código de Processo Civil, nada tem a ver com a necessidade de dar voz aos excluídos, ou seja, com “representatividade adequada. Tem, isto sim, relação com a amplificação do debate em torno de questões de “interesse geral”. Note-se que o § 1º do mesmo art. 983 diz que, “para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”. Há aí nítida alusão à função exercida pelos *amici curiae* em Cortes vocacionadas à definição de questões jurídicas de interesse da sociedade. A instituição da técnica que abre oportunidade à intervenção de *amici* num incidente destinado à resolução de questão repetitiva – na maioria das vezes de simples solução e unicamente do interesse dos litigantes excluídos – é *surpreendente*, pois pretende *incentivar o diálogo* sobre questão que está *proibida de ser discutida* pelas próprias partes que têm o *direito constitucional de litigá-la*.

De qualquer forma, o art. 984 deixa ainda mais claro que as únicas partes que participam do incidente são o autor e o réu do processo originário. O art. 984, II, afirma que poderão sustentar suas razões, sucessivamente: a) *o autor e o réu do processo originário* e o Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, bem como b) os demais interessados, no prazo de trinta minutos, divididos entre todos. De acordo com o art. 976 do código, o Ministério Público tem obrigação de intervir como fiscal da lei. De modo que a norma claramente supõe que a participação do autor ou do réu seria suficiente. Porém, como já demonstrado, o código não vê a parte como “representante adequado”.

Quer dizer que, realmente, é preciso elaborar um raciocínio interpretativo sofisticado para salvar a constitucionalidade do procedimento. É necessário resgatar a força da representatividade adequada, considerando-se as normas da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, que conferem legitimidade para a representação dos membros dos grupos perante as ações

coletivas ou, mais especificamente, para a tutela dos direitos individuais homogêneos mediante a via coletiva.

Lembre-se que, de acordo com o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, têm legitimidade para a ação civil pública: i) o Ministério Público; ii) a Defensoria Pública; iii) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; iv) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; v) a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil; e b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Com o mesmo objetivo, o art. 82 do CDC define como legitimados à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: i) o Ministério Público; ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; iii) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; e iv) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Dentre os entes legitimados, merecem destaque o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações. Esses têm poder, estabelecido tanto na Lei da Ação Civil Pública quanto no CDC, para defender os grupos cujos direitos são violados em massa, ou seja, os “decorrentes de origem comum”. Vale dizer: os direitos que dependem da análise de se há responsabilidade pelos danos, responsabilidade em virtude dos inadimplementos ou dever decorrente dos ilícitos. Lembre-se, aliás, que o art. 95 do CDC afirma que, “em caso de procedência do pedido, a condenação será *genérica*, fixando a *responsabilidade* do réu pelos danos causados”.

Tanto a responsabilidade pelos danos ou pelos

inadimplementos, quanto o dever legal em face dos ilícitos, devem constituir uma “questão comum” a todos os danos, inadimplementos ou ilícitos, ou seja, uma “mesma questão” ou uma “questão idêntica” em relação a todas as pretensões individuais. Significa dizer que a questão idêntica, objeto do incidente de resolução de demandas, nada mais é do que a questão prejudicial que dá corpo aos direitos individuais homogêneos, abrindo oportunidade à tutela dos direitos individuais na forma coletiva.

O fato de o incidente limitar as “questões idênticas” às questões de direito obviamente não repercute sobre a legitimidade dos entes habilitados a tutelar os direitos individuais homogêneos. Os definidos como legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos pela Lei da Ação Civil Pública e pelo CDC devem ser vistos como aqueles que podem representar os excluídos no incidente e, assim, resgatar a sua legitimidade constitucional.

Na verdade, as limitações que muitas vezes são feitas à legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para proteger determinadas espécies de direitos individuais homogêneos necessariamente devem ser deixadas de lado diante do incidente. Embora o ideal, em termos de amadurecimento da sociedade civil, seja a participação cada vez maior das associações, certos tipos de direitos podem não contar com associações organizadas voltadas à sua tutela. Não fosse isso, o fato é que, diante do incidente, o problema não está propriamente na busca de alguém que tenha relação com o direito discutido, mas na participação de alguém que tenha legitimidade para suprir a não participação dos excluídos ou dos litigantes que ficam à espera da decisão a ser tomada.

Daí a razão pela qual a Defensoria Pública deve ter grande espaço para atuar em favor dos litigantes que não podem ser ouvidos, desconsiderando-se se estes *economicamente* necessitam ou não da tutela de um Defensor Público. Por identidade de razões, na falta de participação de associação legitimada ou da Defensoria Pública, o Ministério Público *necessariamente* deve assumir a posição de *parte*,

ou seja, de defensor dos direitos individuais dos litigantes que não podem falar perante a Corte, de nada importando se os direitos têm natureza tributária etc.

Perceba-se que a força da representação adequada, no incidente, tem que ser mais vigorosa do que a presente na ação coletiva destinada à tutela de direitos individuais homogêneos, regulada pela Lei da Ação Civil Pública e pelo CDC. É que a sentença de improcedência, nesta ação coletiva, não prejudica os representados que não ingressaram no processo coletivo na qualidade de litisconsortes (art. 103, § 2º, CDC). Ao contrário, no incidente os litigantes excluídos podem ser prejudicados, uma vez que a coisa julgada sobre a questão é *pro et contra*. Ora, quando os representados apenas podem ser beneficiados, sobrando-lhes sempre a ação individual em caso de improcedência, a adequação da representação acaba tendo importância muito menor.

Outra alternativa para a correção da constitucionalidade estaria no controle da representação adequada no caso concreto, nos moldes da *class action* do direito estadunidense. Admitir-se-ia que a parte do processo originário pode autônomoar-se ou ser nomeada pelo seu adversário representante dos litigantes das demandas repetitivas. Nesse caso os litigantes excluídos teriam a possibilidade de impugnar a parte enquanto representante adequado e o tribunal possuiria a grave incumbência de controlar a representação, considerando atentamente as circunstâncias do caso e a capacidade da parte – e de seu advogado – para sustentar de maneira vigorosa e adequada as razões também pertencentes aos demais litigantes⁵⁴.

O art. 979 do Código de Processo Civil, ao advertir que a “instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”, deve ser invocado para

54 É interessante que, desta forma, estaria superado o equívoco – presente no sistema formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo CDC – em não se prejudicar os representados em caso de sentença de improcedência. Na verdade, se o processo coletivo depende de representação adequada, os representados têm que ser beneficiados ou prejudicados, conforme a sentença seja de procedência ou de improcedência.

abrir oportunidade para a participação dos entes legitimados ou, na outra opção para a correção da inconstitucionalidade, para que os litigantes excluídos possam impugnar a parte enquanto representante adequado e, eventualmente, requerer o ingresso no incidente.

Essa “ampla e específica divulgação e publicidade” deve dar aos vários legitimados à tutela dos direitos em disputa, nos termos da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade de ingressar no incidente para a efetiva defesa dos direitos. Cabe-lhes, afinal, a tutela dos direitos dos membros dos grupos, ou seja, dos direitos daqueles que têm casos pendentes que reclamam a solução de “questão idêntica”⁵⁵.

A falta de intervenção na qualidade de parte de qualquer associação ou da Defensoria Pública, que igualmente deverá ser intimada com base no 979, impõe, inevitavelmente, a intervenção do Ministério Público na qualidade de legitimado à tutela dos direitos dos litigantes. Aliás, se não for assim o incidente estará retirando não só do Ministério Público, mas também da Defensoria Pública e dos demais legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos o poder-dever de tutelá-los⁵⁶.

A APLICAÇÃO DA LEI N. 13.105/15 NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.

Marco Félix Jobim¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Direito Processual do Trabalho. 1.1. Autonomia. 1.2. O artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho. 1.3. O artigo 15 do Código de Processo Civil brasileiro. 2. A Instrução Normativa n. 39 do Tribunal Superior do Trabalho. 2.1. Alguns acertos da Instrução Normativa. 2.2. Alguns equívocos da Instrução Normativa. 3. Considerações finais. 4. Referencial bibliográfico.

INTRODUÇÃO

A Consolidação das leis trabalhistas ou Decreto-lei n. 5.452/43², datada de 1º de maio de 1943, dia emblemático para o trabalhador, entrou em vigor no dia 10 de novembro do mesmo ano, conforme anota o artigo 911 ao referir que *esta Consolidação entrará em vigor em 10 de novembro de 1943*. O conteúdo processual na legislação trabalhista tem assento inicial no artigo 643 e seguintes, dedicando um poucos mais de duas centenas de artigos sobre o tema do Processo do Trabalho. Para o presente estudo, inicialmente, o que interessa é a previsão do artigo 769³ que prevê a aplicação subsidiária do Processo Civil brasileiro nos casos em que a legislação trabalhista é omissa e não sendo incompatíveis com suas normas, não havendo, pois, uma autonomia⁴ total do Processo do Trabalho em relação do

55 Ver Sérgio Arenhart, *A tutela coletiva de interesses individuais*, São Paulo: Ed. RT, 2013.

56 Sobre a hipótese em que as demandas repetitivas são propostas contra réus distintos, podendo-se falar em vários litigantes nos dois polos das demandas, ver Parte III, item 5.4.

1 Mestre, Doutor e pós-doutorando em Direito. Advogado e Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul na graduação e pós-graduação lato e stricto sensu.

2 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

3 Refere o dispositivo: “Art. 769 – Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

4 Há doutrina controvertida assumindo independência e outras não. Edilson Meireles é daqueles que entende ter falta de autonomia, com as ações trabalhistas sendo procedimentos especiais do próprio processo civil. Ver: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 36. Referem os autores: “No caso do direito processual do trabalho, há quem entenda a sua autonomia em relação aos demais ramos do processo, podendo-se registrar que essa é a opinião da maior

Processo Civil, o que fica bem evidenciado no artigo 15⁵ da nova legislação processual. Cumpre reforçar que a CLT foi, na verdade, uma compilação de toda a legislação trabalhista vigente à época, razão pela qual contém dispositivos normativos de direito material e processual ao mesmo tempo, como aduzem Rodolfo Pamplona Filho e Tercio Souza⁶.

Já o novo Processo Civil brasileiro tem história mais recente. Em 2009, com o Ato n. 379, do então Presidente do Senado Federal José Sarney, foi instituída a comissão de juristas que se encarregaria da elaboração de um Anteprojeto de Lei que tratasse da nova legislação processual civil brasileira, sendo a comissão Presidida pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, hoje à frente do Supremo Tribunal Federal, acompanhado de estudiosos de peso no que se refere ao Direito Processual Civil brasileiro, como Teresa Arruda Alvim Wambier, Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Almeida, José Miguel Medina, José Roberto Bedaque, Marcus Vinícius Coelho e Paulo Cezar Carneiro.

Em 8 de junho de 2010 foi, finalmente, apresentado no Congresso Nacional o Anteprojeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, convertido no Projeto de Lei do Senado n. 166/2010, tendo seu relatório final sido aprovado em 1º de dezembro e o Projeto de Lei dia 15 do mesmo mês e ano, sendo, então, remetido para a Câmara de Deputados, no qual foi recebido como Projeto de Lei n. 8.046/10. Durante a tramitação no Congresso Nacional, houve troca de relator⁷, sendo tal fator importante para

parte da doutrina que lida com o tema. Tal conclusão a que se chega decorre do preenchimento dos critérios acima referidos. É a opinião de José Augusto Rodrigues Pinto, Carlos Henrique Bezerra Leite, Amauri Mascaro Nascimento, Carlos Coqueijo Costa e outros tantos mestres". Posição contra: MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: MIESA, Elson (Org.). **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 31-54. p. 52-53.

5 Está assim disposto: "Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente".

6 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 35.

7 ROQUE, Andre Vasconcelos; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de (Coord.). **O projeto do novo Código de Processo Civil: uma análise crítica**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. vi.

os rumos que o projeto tomaria até sua sanção presidencial, em março de 2015, com vigência para março de 2016, sendo que, não basta a mudança da legislação para que o Direito Processual estampe as cores de um modelo democrático de Direito, nas palavras de Rodrigo Mazzei⁸, mas precisa, ainda, de muito trabalho, o que, esperançosamente, se espera.

Nem havia ainda a nova legislação processual civil brasileira vencido a *vacatio legis* e já era remendada pela Lei 13.256/2016 que resgatou, dentre os temas tratados, o retorno da admissibilidade dos Recursos Especial e Extraordinário ao Tribunal *a quo* e a não mais obrigatoriedade do ordem cronológica dos processos, estampada no artigo 12º, inserido no capítulo das Normas Fundamentais do Processo. Com isso, mesmo que de forma sucinta, narra-se um pouco da vida das legislações em vigor de ambos os processos, devendo agora ser pensado o que o Poder Judiciário trabalhista aplicará no CPC/2015 em suas reclamações trabalhistas.

1. O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Há pelo menos quatro visões interessantes a serem compartilhadas sobre a existência de um Direito Processual do Trabalho, quais sejam: a) a de sua total autonomia⁹; b) a de sua parcial ou relativa autonomia¹⁰; c) a da autonomia inominada¹¹ e; d) a monista que trabalha na sua inexistência como Direito Processual autônomo¹². O assunto é de extrema importância para saber a delimitação da matéria processual civil no âmbito trabalhista e o que o Poder Judiciário laboral deverá abduzir da nova legislação em vigor.

Relatam os coordenadores o retorno e saída do Deputado Sérgio Barradas Carneiro e a entrada do Deputado Paulo Teixeira na relatoria.

8 MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou 'estória') do direito processual civil brasileiro: das ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Organização de Lucas Buril de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1. p. 35-63. p. 63.

9 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20.

10 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 21.

11 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 21.

12 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20.

1.1. Autonomia

Segundo Sérgio Pinto Martins¹³ o Direito Processual do Trabalho é autônomo pois, mediante determinados requisitos que são, na sua ótica, cumpridos, há uma autonomia própria que lhe é inerente: são eles: i) o desenvolvimento legal; ii) o desenvolvimento doutrinário; iii) o desenvolvimento didático; iv) a autonomia jurisdicional e; v) a autonomia científica. Assim, infere-se o autor naquilo que denomina de autonomia relativa do direito processual do trabalho, uma vez que só poderá ser considerado como ciência se preenchidos os cinco pressupostos já elencados.

Os cinco pontos que entende deverem ser preenchidos são de fácil constatação na atualidade, embora em tempos passados não fossem assim tão cristalinos. Seria um contrasenso afirmar inexistência de desenvolvimento legal, quando há previsões processuais na área laboral que vão desde a Constituição da República Federativa do Brasil (em especial nos artigos 111 e seguintes), passando por legislações federais (como a Consolidação das Leis do Trabalho que regula o tema nos artigos 643 e seguintes), assim como em outros atos normativos como os regimentos internos dos Tribunais, as instruções normativas e assim por diante.

Também não seria crível afirmar uma não existência de desenvolvimento doutrinário sobre o tema, uma vez que aqueles que se debruçam na escrita do processo trabalhista são muitos, cumprindo aqui apenas breves referências sobre a existência de alguns títulos e autores tendo em vista que apenas se quer exemplificar e não esgotar o que já foi escrito sobre o tema. Dentre algumas das obras pode-se citar, além do já referido curso de Sérgio Pinto Martins, o de Manoel Antônio Teixeira Filho intitulada **Curso de Direito Processual do Trabalho**, volumes I¹⁴, II¹⁵ e III¹⁶; de

13 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2009. O autor desenvolve essa ideia entre as páginas 20 a 24.

14 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. Vol. I.

15 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. Vol. II.

16 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. Vol. III.

Amauri Mascaro Nascimento temos o **Curso de Direito Processual do Trabalho**¹⁷; de Wagner D. Giglio e Claudia Giglio Veltri Correa pode ser citado o **Direito Processual do Trabalho**¹⁸ e de Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcanti o **Direito Processual do Trabalho**, Tomos I¹⁹ e II²⁰.

Sobre o desenvolvimento didático, de igual sorte, o processo trabalhista encontra na grade curricular dos cursos de graduação e pós-graduação *lato e stricto sensu* disciplina própria. Hoje, o graduando tem encontro marcado no seu curso de Direito com a ou as disciplinas de direito processual do trabalho, assim como é possível nos dias atuais tornar-se especialista, mestre ou até mesmo doutor na área.

O Poder Judiciário trabalhista é a marca registrada de uma autonomia jurisdicional, que é composta pelos juízes do trabalho (é de ser referido que a Constituição Federal afirma ser órgão do Poder Judiciário os juízes do trabalho e não as varas do Trabalho, a teor do artigo 111, III), pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelo Tribunal Superior do Trabalho com sede em Brasília.

E por fim, para completar os cinco requisitos para que o direito processual do trabalho seja autônomo, temos que nos perguntar se ele tem autonomia científica, ou seja, tem ele conceitos próprios que não existem nos demais ramos do direito processual? A resposta, a toda evidência, é positiva. O sistema recursal trabalhista é próprio em recursos únicos que só existem no processo trabalhista. Exemplo disso é o Recurso de Revista que é o meio pela qual reclamante e reclamada podem acessar o Tribunal Superior do Trabalho. Para Wagner D. Giglio e Claudia Giglio Veltri Corrêa²¹ aqui nesse item

17 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

18 GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

19 JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito processual do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Tomo I.

20 JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito processual do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Tomo II.

21 GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Abordam os assuntos entre as páginas 86 a 90.

seria de se responder se o processo trabalhista teria princípios e fins próprios, concluindo os autores que sim, citando como princípios o da extrapetição, o da iniciativa extraparte e o da coletivização das ações individuais, sendo que especificam o fim próprio como sendo aquele veículo para a criação ou modificação de normas jurídicas, o que é sintetizado por Rodolfo Pamplona Filho e Tercio Souza²² como um judiciário especializado com Poder Normativo.

Contudo, em que pese os cinco pressupostos estarem preenchidos, apenas confirma que, por uma das teorias, que é a da autonomia relativa, haveria um direito processual do trabalho autonomo. Nas próximas linhas será colocada em xeque essa autonomia com alguns elementos interessantes que endereçam a um novo questionamento: pode o direito processual do trabalho ter vida própria independentemente da existência do direito processual civil? É o que nos propomos a debater.

1.2. O artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho

É bastante precisa a redação do artigo 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas quando afirma que nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título, tendo o intérprete que elaborar um esforço, talvez, para uma melhor compreensão de três ideias expostas no dispositivo, quais sejam: i) qual é o processo comum; ii) o que é omissão e; iii) o que vem a ser incompatibilidade.

O processo comum é o direito processual civil, devendo servir de complementação²³ e não como base do processo trabalhista, sendo que,

22 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 36.

23 LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos do processo do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 158. Aduz em rica passagem sobre o tema: “A processualidade do trabalho deita-se em um leito de princípios e não sobre o divã do Processo Civil. Não teria lógica que um processo tão diferente fosse construído sobre um manancial tão distinto em seus propósitos, em suas origens e em sua conformação. Pois se assim fosse, os frutos da árvore (Processo do Trabalho) estariam intimamente dependentes da fertilidade do solo civilista, que implicaria a qualidade de toda a seiva a correr pelo tecido vascular (xilema) da

sobre este fato, maiores divagações não são necessárias, um vez que a relação entre ambos é evidente, como referem Rodolfo Pamplona Filho e Tercio Souza²⁴, devendo, agora, analisar o alcance concedido pela legislação. Já sobre quando a legislação trabalhista é omissa, ou nas palavras de Francisco Gérson Marques de Lima²⁵, lacunosa, é de ser realizado um exame de razoabilidade para que não se deixe de trazer ao processo trabalhistas normas que seriam mais benéficas²⁶ a ele, embora o mesmo já as tenha em seus enunciados. Por fim, o requisito da compatibilidade que pode, na ótica do autor²⁷, mostrar-se absoluta ou não, assim como ponderável em determinadas situações, sendo que, no encontro entre processo do trabalho e processo civil, para o autor, o que não se pode é perder a identidade²⁸ daquele para este.

1.3. O artigo 15 do Código de Processo Civil brasileiro

Com o advento do novo Código de Processo Civil brasileiro deve-se atentar para o capítulo II, da parte geral, que aborda o tema da aplicação das normas processuais, nos artigos 13, 14 e 15 da legislação, sendo esta o objeto de nossa reflexão ao referir que *na ausência de*

planta, determinando suas folhas, seus galhos e seus frutos, pelo alimento conduzido. Não, o Processo Civil integra a mesma floresta processual, rica em arbustos e belos carvalhos; é uma viçosa vegetação que circunda as demais árvores e empresta o pólen de suas flores quando os ventos sopram a necessidade de tal fertilização. Destarte, o Processo Civil é *complementar* ao Processo do Trabalho, não sua base”.

24 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 37.

25 LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos do processo do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 158. Refere ele: “O requisito da *lacunosidade* do Processo do Trabalho não pode ser absoluto para a invocação subsidiária do processo comum. O matiz vem da razoabilidade, inspirada pela melhor aplicação da legislação a ser invocada, de olhos ‘plugados’ nos princípios laborais. Mas isto exige grande capacidade intelectual e visão crítico-social de aplicação prática do Direito do Trabalho (*in genere*). Um limite intransponível é o aspecto sistêmico do Direito Processual do Trabalho, que não pode ser rompido pela invocação de outro ramo”.

26 CORDEIRO, Wolney de Macedo. Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho. In **Direito processual do trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007. p. 51. No mesmo sentido, aponta o autor: “Conforme expusemos exaustivamente ao longo deste trabalho, é inequívoco o fato de que o direito processual do trabalho perdeu seu viés vanguardista e que as recentes reformas do processo civil trouxeram um verdadeiro rejuvenescimento dos institutos processuais. A letargia dos legisladores em dinamizar o vetusto direito processual do trabalho não pode servir como escusa para negar a aplicação das normas de processo comum, desde que mais eficientes”.

27 LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos do processo do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 158-159.

28 LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos do processo do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 160.

normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicada supletiva e subsidiariamente, não encontrando no CPC/73 norma de igual ou parecido teor, mas que, como defende Guilherme Rizzo Amaral²⁹, em nada altera o já estado de coisas anterior, uma vez que é o processo civil quem rege os processos regidos por leis especiais.

Duas são as formas de se aplicarem as normas processuais civis no processo trabalhista, sendo elas a de forma subsidiária e a supletiva. Conforme aduzem Teresa Arruda Alvim Wambier, Mara Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello³⁰, a aplicação de forma subsidiária é aquela realizada quando não há omissão na legislação trabalhista, sendo que a lei processual civil servirá para melhoria daquela, enquanto que na aplicação supletiva, há uma omissão na lei laboral, devendo ser inserida a norma do CPC/2015, respeitando, por evidente, o já estudado artigo 769 da CLT.

2. A INSTRUÇÃO NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Em 15 de março de 2016 foi editada pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho a resolução n. 203 que cria a Instrução Normativa n. 39³¹ que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil que serão ou não aplicadas ao Direito Processual do Trabalho, sendo importante frisar que o rol elencado na referida instrução não é exaustivo e que ela, desde sua nascente, no artigo 1º, afirma ser o

29 AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 79.

30 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 84. Referem: “**Aplicação subsidiária X aplicação supletiva**. Não se trata de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais quando não houver normas, nestes ramos do direito, que resolvam a situação. 1.1. A **aplicação subsidiária** ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão ‘subsidiária’, de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos **princípios fundamentais do processo civil**. 1.2. A **aplicação supletiva** é que ocorre apenas quando há **omissão**”.

31 Para uma análise na íntegra da resolução: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em 27 abril 2016.

CPC aplicado ao processo do Trabalho de forma subsidiária e supletiva, em caso de omissão e desde que não exista incompatibilidade com as normas e princípios do processo trabalhista, o que é novidade, uma vez que já visto no estudo tais previsões. Assim, nas reflexões que se segue, não existirá juízo de valor sobre os acertos (como, por exemplo, continuar o processo trabalhista com seus prazos recursais de oito (8) dias, salvo os embargos de declaração), como exposto no artigo 2º, mas, sim, apontar naquilo que eventualmente a instrução tenha acertado ou se equivocado.

2.1. Alguns acertos da Instrução Normativa

O artigo 3º³² da referida Instrução Normativa elenca uma série de artigos do Código de Processo Civil que se aplicam ao Processo do Trabalho, tendo em vista a omissão existente na legislação laboral, assim como sua compatibilidade, deixando aberto no texto que o rol não se mostra taxativo.

O primeiro dos possíveis acertos que se deve mencionar é a previsão no inciso VI³³ de que as regras atinentes à tutela provisória devem ser respeitadas no âmbito do Poder Judiciário trabalhista, ou seja, os artigos 294 a 311³⁴ terão aplicação naquele sistema processual. Na verdade a solução parece um pouco óbvia, uma vez que o processo trabalhista já se utilizava das regras atinentes à antecipação de tutela e das medidas cautelares, sendo que, na falta da legislação de 1973 o hiato deve ser preenchido com a legislação de 2015

Outra previsão digna de aplausos está no inciso IX³⁵ do artigo 4º que trata da aplicação da fundamentação das decisões judiciais prevista no artigo 489³⁶ nas decisões trabalhistas e, tal festividade é ainda

32 Eis o *caput* do artigo 3º: “Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas”.

33 “VI – arts. 294 a 311 (tutela provisória)”.

34 Aqui devido a quantidade de artigos envolvidos no tema das tutelas provisórias, deixa-se de citá-los, remetendo os leitores ao texto do CPC/2015 que está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso: 04 de maio de 2016.

35 “IX – art. 489 (fundamentação da sentença)”.

36 “Art. 489. São elementos essenciais da sentença”.

maior, uma vez que logo que promulgada a lei houve alguma parte da magistratura trabalhista refratária à aplicação do dispositivo, razão pela qual, o Tribunal Superior do Trabalho coloca uma *pá de cal* sobre o tema e expressamente anuncia que temas como a fundamentação analítica (no §1º³⁷) e a justificação judicial (no §2º³⁸) serão realidades no Poder Judiciário trabalhista.

Mas não só no artigo 3º da resolução há especificações do que poderá ser utilizado no Processo do Trabalho, mas, a partir do artigo 4º, há, de igual sorte, algumas previsões interessantes em especial a do próprio artigo 4º³⁹ ao referir que o contraditório previsto nas normas fundamentais do Processo Civil deve ser respeitado no processo trabalhista. Note-se que a redação do artigo apenas refere que o contraditório dos artigos 9º⁴⁰ e 10º⁴¹, em especial, merecem ser observados, mas, nem se cogita que o do artigo 7º⁴² também não o seja, uma vez que trata da bilateralidade de audiência e do dever de reequilíbrio do processo pelo magistrado. Interessante, também, que o Tribunal Superior do Trabalho vai além na redação e elenca no §1º⁴³

- 37 § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.
- 38 § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.
- 39 Art. 4º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os artigos 9º e 10, no que vedam a decisão surpresa.
- 40 Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I – à tutela provisória de urgência; II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III – à decisão prevista no art. 701.
- 41 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.
- 42 Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.
- 43 § 1º Entende-se por “decisão surpresa” a que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes.

o que entende por não surpresa e no §2º⁴⁴ o que entende não pode ser considerado não surpresa no processo.

Por fim, e obviamente não esgotando o tema, pode-se atribuir ao texto da normativa como sendo algo extremamente positivo para o processo trabalhista, gerando maior segurança jurídica ao sistema e, assim, refletindo nas partes, a previsão no artigo 6º⁴⁵ de que deverá ser respeitado o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica descrito nos artigos 133 a 137⁴⁶ do CPC/2015. A resolução é bastante rica em detalhes e é bem objetiva em seu início ao referir que não se esgota nela todas as previsões de aplicação e não aplicação, razão pela qual deve-se aguardar para vermos o que, futuramente, realmente será respeitado ou não do referido enunciado normativo.

2.2. Alguns equívocos da Instrução Normativa

No artigo 2º da referida resolução, o Tribunal Superior do Trabalho inicia a elencar algumas previsões existentes no CPC/2015 que

- do à audiência prévia de uma ou de ambas as partes.
- 44 § 2º Não se considera “decisão surpresa” a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário.
- 45 Art. 6º Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878). § 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente: I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º da CLT; II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo; III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).
- 46 Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica. Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. § 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. § 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica. Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. Art. 137. Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

não deverão ter aplicação no Processo do Trabalho, sendo que, novamente, se faz a referência de que a fonte normativa que ora se analisa é meramente exemplificativa. Na verdade até mesmo, neste primeiro momento de reflexão já realizado no Poder Judiciário trabalhista, pode-se chegar a conclusão de que foram poucos os casos em que realmente o referido ato normativo afirmou não ter aplicação um no outro, sendo apenas 11 previsões⁴⁷.

Em que pese nas questões relacionadas aos acertos da resolução, nos equívocos, tendo em vista o número reduzido de hipóteses e, tendo em vista que algumas delas tem a ver com as próprias previsões que a legislação trabalhista tem (como, por exemplo, a unificação do prazos recursais, razão pela qual não podem se utilizar do prazo do agravo previsto no CPC), pode-se destacar dois deles, quais sejam, a já limitação do negócio jurídico processual e o adiamento da audiência em razão de atraso não justificado por mais de 30 minutos.

Sobre o negócio processual, previsto no artigo 190⁴⁸ do CPC/2015, em que realmente assuste inicialmente a sua previsão do Processo Trabalhista, defende-se que para sua não aplicação deveria existir uma maior reflexão. Dos incontáveis exemplos que poderiam ser aqui explorados, apenas um para maior debate. Acordo coletivo, com anuência do Ministério Público do Trabalho, de que no processo trabalhista de determinada categoria, quando envolvido determinado cargo e ambiente de trabalho, não se necessita de exame

47 I – art. 63 (modificação da competência territorial e eleição de foro); II – art. 190 e parágrafo único (negociação processual); III – art. 219 (contagem de prazos em dias úteis); IV – art. 334 (audiência de conciliação ou de mediação); V – art. 335 (prazo para contestação); VI – art. 362, III (adiamento da audiência em razão de atraso injustificado superior a 30 minutos); VII – art. 373, §§ 3º e 4º (distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes); VIII – arts. 921, §§ 4º e 5º, e 924, V (prescrição intercorrente); IX – art. 942 e parágrafos (prosseguimento de julgamento não unânime de apelação); X – art. 944 (notas taquigráficas para substituir acórdão); XI – art. 1010, § 3º (desnecessidade de o juiz a quo exercer controle de admissibilidade na apelação); XII – arts. 1043 e 1044 (embargos de divergência); XIII – art. 1070 (prazo para interposição de agravo).

48 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

pericial no curso do processo, tendo em vista que a foi acordado que a insalubridade no local era média para todos os fins. Claro que alguém poderia alegar: mas e se não foi cumprida as exigências do empregador e o ambiente se tornou insalubre em grau máximo? É para isso que temos as cláusulas nas convenções, para prever que, caso o empregador torne o ambiente mais insalubre daquele no qual foi constatado para fins do negócio processual, o empregado poderá se valer da perícia no curso do processo para comprovação de seu direito. E é tão forte ainda a convenção que poderia ter sido ainda prevista na mesma cláusula que se o empregador deixar de cumprir com o pactuado, tornando o ambiente mais insalubre, incidirá uma multa de X ou Y revertido para algum fundo do trabalhador. Assim, muito pouco se pensou sobre o negócio processual para já retirá-lo do âmbito de aplicação do Poder Judiciário trabalhista.

A outra previsão que poderia aqui ser lembrada é aquela do artigo 362, III⁴⁹, CPC/2015 que preve o adiamento da audiência em face de motivo injustificado que a atrase por mais de 30 minutos. As pessoas precisam ter objetividade nas suas vidas, sendo uma delas a previsibilidade dos atos do seu dia a dia. Ficar aguardando que o Tribunal Regional do Trabalho declare nulo um ato, pois entendeu no caso A que 3 horas de atraso foi demasiado e alguns minutos no caso B não, é desrespeitar o próprio sistema processual que a resolução afirma que vai respeitar em algumas ocasiões. Assim, ficaria para os Tribunais decidirem, ainda, se era justificável ou não o atraso, o que já teria uma grande margem para, no caso concreto, se trabalhar com o tema. Contudo, decidir se é justificado ou não e mais, contar os minutos para se saber o que foi justificado se enquadra na margem temporal de atraso não deveria ser incumbência de um Poder Judiciário que está abarrotado de processos. Assim, entende-se que a fixação de prazo é salutar ao sistema, ficando ao encargo do Judiciário, apenas, a verificação se foi justificado o atraso de 30 minutos ou não.

49 Art. 362. A audiência poderá ser adiada: III – por atraso injustificado de seu início em tempo superior a 30 (trinta) minutos do horário marcado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil de 2015 está em vigor desde o dia 18 de março de 2016, sendo que, inegavelmente, ele se presta a auxiliar todos os demais ramos do Direito Processual (em que pese aqui existir forte corrente do Processo Penal, razão pela qual a afirmação vai relativizada), e, em especial, serve de base para o Processo do Trabalho de forma subsidiária e supletiva, como demonstrado em capítulo próprio.

O Tribunal Superior do Trabalho, no afã de tentar sistematizar o quanto antes a aplicação do CPC/2015 no processo trabalhista, editou a Resolução n. 203 que aponta em quais pontos poderá a lei processual ser utilizada pelo Poder Judiciário trabalhista e em que pontos ela deverá ser deixada de lado. Num primeiro momento conclui-se que o âmbito de aplicação é maior que o de não aplicação, o que demonstra, desde já, ser um dado objetivo e positivo, uma vez que estamos falando numa lei de 2015 frente a uma consolidação de leis da década de 40, estando a atual legislação processual civil muito mais bem atualizada, portanto. Assim, pode-se vislumbrar no estudo alguns casos de grande acerto e que deverão nortear o processo laboral durante sua tramitação.

Contudo, sempre o que se deixa de fora é mais perigoso. Isso, em razão de que, uma vez na resolução retratado um estado de textos normativos inaplicáveis do outro ordenamento para, depois ser aplicado caso equivocada a resolução, muito mais difícil será. Por isso, teve-se a posição do articulista de que pelo menos um dos institutos pensados para a não aplicação foi feito sem muita reflexão e cedo demais, qual seja o do negócio jurídico processual. Entende-se todas as questões relacionada a hipossuficiência do empregado frente ao empregador. Mas não estamos falando no plano material, e sim no plano processual, no qual há uma equiparação de forças que não foi levada em conta e que em casos especiais poderia servir à celeridade e à efetividade do processo, princípios tão caros ao processo do trabalho.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CORDEIRO, Wolney de Macedo. Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho. In **Direito processual do trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007.
- GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito processual do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Tomo I.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito processual do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Tomo I.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos do processo do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. Vol. I.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. Vol. II.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. Vol. III.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIREITO INTERTEMPORAL, HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, SUCUMBÊNCIA RECURSAL E A INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nancy Andrighi¹

SUMÁRIO: 1. Lei processual e Direito intertemporal. 2. Honorários advocatícios sucumbenciais: normatização de natureza processual-material. 3. Considerações finais.

Embora o direito civil se tenha como um dos ramos do direito privado, a rigor é bem mais que isto. Enfeixa os princípios de aplicação corrente, de aplicação generalizada e não restrita à matéria cível. [...] Nele se situam princípios que a rigor não lhe são peculiares nem exclusivos, mas constituem normas gerais que se projetam a todo o arcabouço jurídico: o direito civil enuncia regras de hermenêutica, os princípios relativos à prova dos negócios jurídicos, a noção dos defeitos dos atos jurídicos, a organização sistemática da prescrição, etc., institutos comuns a todos os ramos, tão bem manipulados pelo civilista quanto pelo publicista.

(PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 27)

1. LEI PROCESSUAL E DIREITO INTERTEMPORAL

O conflito de leis processuais no tempo, que surge como decorrência das sucessivas alterações legislativas implementadas no ordenamento jurídico, deve ser solucionado, a fim de garantir a integridade e a coerência do sistema processual, mediante a aplicação de institutos do denominado direito intertemporal, fundando-se nos princípios genéricos da irretroatividade da lei nova e de sua aplicação imediata.

O advento do Novo Código de Processo Civil – Lei n.

¹ Ministra do Superior Tribunal de Justiça

13.015/2015 – trouxe consigo, como não poderia deixar de ser, muitas dificuldades interpretativas que, aos poucos, serão solucionadas pela doutrina e pela jurisprudência.

A primeira dificuldade surgiu da redação do art. 1.045 do CPC/2015, ao dispor que o Código entraria em vigor “após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial”.

Dada a diversidade de posições registradas entre os aplicadores da Lei acerca da definição do dia de início de vigência da nova lei, coube ao Conselho Nacional de Justiça, como resposta a requerimento apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil, manifestar-se sobre a matéria. Isso porque se entendeu tratar-se de questão fundamentalmente administrativa, e não jurisdicional.

Decidiu-se, em sessão de julgamento realizada em 2/3/2016, que, como o novo Código de Processo Civil foi publicado no dia 17/3/2015 e, pela lei que define o ano civil (Lei n. 810/1949), o período de um ano encerra-se no mesmo dia e mês correspondentes do ano seguinte (ou seja, em 17/3/2016), o diploma legal em questão deve entrar em vigor no dia subsequente, 18/3/2016 (CONS 0000529-87.2016.2.00.0000).

Em idêntico sentido, o Plenário do Superior Tribunal de Justiça aprovou, na sessão administrativa realizada em 2/3/2016, o enunciado administrativo n. 1: “o Código de Processo Civil aprovado pela Lei n. 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016”.

A norma geral de direito intertemporal constante do art. 1.046 do CPC/2015 (presente também no CPC/1973, em seu art. 1.211), além de revogar expressamente o Código anterior, estabelece que as novas disposições devem ser aplicadas “desde logo aos processos pendentes”, consagrando o brocardo *tempus regit actum* (o ato é regido pela lei vigente ao tempo em que ocorreu).

Por outro, o art. 14 do Código, a par de disciplinar que “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso”, exige que sejam “respeitados os atos processuais

praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”, evidenciando, assim, a teoria do isolamento dos atos processuais² e reforçando, no plano do Direito Processual, a proteção constitucional conferida pelo art. 5º, XXXVI, à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido³.

No que concerne à questão, ainda em tempos anteriores à edição do CPC/1973, MARQUES⁴ lecionava:

Os atos processuais, praticados sob a lei revogada, mantêm plena eficácia depois de promulgada a lei nova, embora ditando preceitos de conteúdo diferente. ‘*Tempus regit actum*’: a lei processual prevê apenas para o futuro, ou seja, para os atos processuais ainda não realizados ao tempo em que se iniciou a sua vigência.

Exemplos de exceções às regras supra transcritas estão disciplinadas nos arts. 1.047 e 1.054 do CPC/2015⁵.

Vale dizer, portanto: a lei processual manteve, como regra geral, a eficácia imediata, incidindo sobre os processos pendentes de julgamento, desde que sua aplicação não venha a ferir algum direito adquirido processual, hipóteses em que, para fins de preservação desses direitos, a situação jurídica processual, ato praticado e coisa julgada devem ser regidos pela lei anterior.

Trata-se do denominado sistema (ou teoria) do isolamento dos atos processuais, segundo o qual devem ser respeitados os atos praticados na vigência da lei antiga, bem como seus efeitos, aplicando-se a lei nova àqueles que houverem de ser realizados.

Para fins de delimitação do que sejam *direitos adquiridos*

- 2 Apesar de sua unidade, o processo judicial constitui-se de um somatório de atos passíveis de serem considerados isoladamente, o que permite que a lei nova incida sobre aqueles não praticados, ainda que dentro do mesmo processo.
 - 3 A matéria encontra-se bem desenvolvida na obra de Fredie Didier Jr. (*Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 1º v., ps. 57/59).
 - 4 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, 1º v., ps. 100-101.
 - 5 Art. 1.047. As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência.
- Art. 1.054. O disposto no art. 503, § 1º, somente se aplica aos processos iniciados após a vigência deste Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

processuais, é suficiente assentar que se trata dos direitos que surgem a partir de situações processuais já integralmente constituídas ou extintas sob a vigência da lei anterior, isto é, situações jurídicas consumadas. Confira-se o seguinte exemplo: com a publicação de qualquer decisão recorrível, nasce para a parte o *direito adquirido processual* de interpor o recurso previsto na legislação então vigente. Esse direito não é atingido pela entrada em vigor de lei nova que venha a suprimir a existência do recurso a ser interposto.

As teorias acima rememoradas oferecem o caminho necessário para a interpretação uniforme que trata da vigência e aplicação no tempo das regras que disciplinam os honorários de sucumbência, matéria sobre a qual houve a criação de um novo regime jurídico, a exemplo da instituição da sucumbência recursal delineada no § 11 do art. 85 do CPC/2015.

2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS: NORMATIZAÇÃO DE NATUREZA PROCESSUAL-MATERIAL

Apesar da inegável autonomia do direito processual em relação ao direito material, tema cujos estudos iniciais datam de mais de um século, há diversos institutos tipicamente processuais (por se originarem de uma relação dessa natureza) que muito se aproximam de uma situação jurídica de direito material (por traduzir situação que se configura para além do processo), como o direito subjetivo aos honorários sucumbenciais, que podem ser inseridos na categoria denominada por DINAMARCO de institutos bifrontes, os quais

só no processo aparecem de modo explícito em casos concretos, mas são integrados por um intenso coeficiente de elementos definidos pelo direito material e – o que é mais importante – de algum modo dizem respeito à própria vida dos sujeitos e suas relações entre si e com os bens da vida. Constituem *pontes de passagem* entre o direito e o processo, ou seja, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico (Calamandrei).⁶

6 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, 1º v., p. 107.

Nesse contexto, situando-se tais direitos subjetivos entre os dois planos do ordenamento jurídico (processual e material), há que lhes ser conferido, no que concerne ao aspecto intertemporal, tratamento bifronte.

Desde o Código de Civil de 1939, sobretudo após a redação conferida pela Lei n. 4.632/1965 ao seu art. 64, que dispunha sobre as consequências da sucumbência, a jurisprudência entendia que lei nova que dispusesse acerca dos encargos processuais aplicar-se-ia às demandas em andamento. Prova disso é a Súmula 509/STF, cujo enunciado assim versava: “A Lei nº 4.632, de 18.5.65, que alterou o art. 64 do Código de Processo Civil, aplica-se aos processos em andamento, nas instâncias ordinárias”.

Conforme anotado por CAHALI⁷:

[esse] entendimento sumular foi sendo reiterado, inclusive com a afirmação esclarecedora de que os novos preceitos processuais relativos aos encargos da lide deveriam ser aplicados imediatamente ainda que a causa já tivesse sido julgada em primeira instância segundo a lei anterior, portanto, já se encontrando o processo em fase de apelação.

No Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, a Corte Especial, por ocasião do julgamento do recurso especial n. 1.113.175/DF (Rel. Min. Castro Meira, DJe 7/8/2012, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973), travou profunda discussão acerca da natureza dos honorários advocatícios. Tratou a hipótese de examinar a viabilidade da oposição de embargos infringentes contra acórdão não unânime que havia reformado sentença de mérito exclusivamente no que se refere à verba de sucumbência. O voto condutor da maioria, proferido pelo Min. Relator, invocou lição extraída da obra de CHIOVENDA e concluiu que o arbitramento dos honorários sucumbenciais não se trata de questão meramente processual, na medida em que produz reflexos imediatos no direito substantivo da parte e de seu advogado.

Isso porque, consoante assentado naquela oportunidade,

7 CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 4ª ed., p. 49.

Apesar de sua natureza eminentemente processual, por estarem inseridos na técnica do processo como decorrência de sua instauração e ter por objetivo tutelar de modo integral o direito reconhecido em juízo, os honorários conferem um direito subjetivo de crédito ao advogado perante a parte que deu causa ao processo. Trata-se, inegavelmente, de um efeito externo ao processo, de relevante repercussão na vida do advogado e da parte devedora, do que decorre seu enquadramento no âmbito do direito processual material. (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *Honorários Advocatícios no Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 9-10)

Segundo o precedente, portanto, normas como as que disciplinam os honorários sucumbenciais devem ser consideradas de natureza híbrida, apresentando características tanto processuais como materiais: processuais porque somente são passíveis de fixação no contexto de ações judiciais; materiais porque constituem direito subjetivo e exclusivo do advogado da parte vencedora.

Convém destacar que o principal efeito da definição da natureza das normas relativas à fixação dos honorários de sucumbência, no que importa para o tema deste estudo, é a possibilidade ou não de eventuais modificações legislativas incidirem ou não imediatamente nos processos em curso.

Não por outro motivo, senão àquele referente à natureza jurídica dos honorários, a jurisprudência do STJ vem oscilando quanto à aplicabilidade imediata de alterações promovidas em leis que tratam de honorários advocatícios, como se pode inferir de julgados que versaram sobre as inovações promovidas pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001 – que isentou a Fazenda Pública do pagamento de honorários nas hipóteses de execuções não embargadas – e pela Medida Provisória n. 2.164-40/2001, cuja redação dada ao art. 29-C da Lei n. 8.036/1990 vedou a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência em ações que tratem do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

A esse respeito, confira-se, a título ilustrativo, os seguintes precedentes que reconheceram a inaplicabilidade aos processos em curso das alterações retro citadas:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. CONDENÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. [...] ART. 1º-D, DA LEI Nº 9.494/97 (REDAÇÃO DO ART. 4º, DA MP Nº 2.180-35/2001). INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES.

[...]

5. Em recentíssima decisão (REsp nº 217883/RS, Rel. Min.. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 18/09/2002), a egrégia Corte Especial deste Sodalício decidiu que são devidos os honorários advocatícios na execução fundada em título judicial, embargada ou não, quando devedora a Fazenda Pública.

6. O art. 1º-D, da Lei nº 9.494/97 (redação do art. 4º, da MP nº 2.180-35/2001), o qual dispõe que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”, não se aplica aos casos ocorridos antes da vigência da referida MP.

7. Na jurisprudência desta Casa Julgadora, até a data de hoje, existem nada mais nada menos que 65 (sessenta e cinco) acórdãos, oriundos das diversas Turmas que compõem este Sodalício, no sentido da tese discorrida, sem se contarem as decisões monocráticas, que são em número bem superior.

8. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 360.679/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/04/2003, DJ 16/06/2003, p. 252)

FGTS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 29-C DA LEI 8.036/90. MEDIDA PROVISÓRIA 2.164-40/01. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. O art. 29-C da Lei 8.036/90, introduzido pela Medida Provisória 2.164-40/2001 (dispensando a condenação em honorários em demandas sobre FGTS), é norma especial em relação aos arts. 20 e 21 do CPC e somente se aplica às ações ajuizadas após a sua vigência, que se deu em 27.07.2001. Precedentes da 1ª Seção e das Turmas.

2. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1111157/PB, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009)

Em direção distinta, contudo, o STJ entendeu que o critério

a ser adotado para definir a aplicação da nova regulamentação referente aos honorários advocatícios estabelecida pelo Decreto-lei n. 3.365/1941 – que trata de desapropriação – era a data da prolação sentença que impôs a sucumbência, como se evidenciasse uma situação jurídica a partir daí consumada. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – ADMISSIBILIDADE – DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ART. 27, § 1º, DO DEC. LEI 3.365/41 – APLICAÇÃO DA LEI EM VIGOR NA DATA DA SENTENÇA.

[...]

2. A sucumbência rege-se pela lei vigente à data em que foi proferida a sentença. Precedentes.

[...]

4. Embargos de divergência conhecidos em parte e, nessa parte, não providos.

(REsp 680.923/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2007, DJ 10/12/2007)

A partir da vigência do CPC/2015, a necessidade de estabelecer critério uniforme para aplicação das novas regras disciplinadoras dos honorários advocatícios, sobretudo no que concerne à denominação da sucumbência recursal, fez com que o Plenário do STJ editasse o enunciado administrativo n. 7, segundo o qual “somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”.

A adoção, pelo enunciado, de critério diverso daquele estabelecido pelos arts. 14 e 1.046 do CPC/2015 autoriza, *a priori*, a conclusão de que as normas que versam acerca de honorários sucumbenciais não possuem, de fato, natureza exclusivamente processual, o que reforça a tese adotada no já mencionado REsp n. 1.113.175/DF (Rel. Min. Castro Meira, DJe 7/8/2012, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973).

Vale ressaltar a existência de precedentes no âmbito do STJ

que alargaram a interpretação do disposto no enunciado n. 7/STJ, passando a aplicá-lo também a outras alterações legislativas referentes a honorários advocatícios, a exemplo do que se verifica no julgamento do AgInt no REsp 1.325.649/AP (Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 30/06/2016), onde se reconheceu a data da publicação do acórdão recorrido como marco temporal a ser considerado para aplicação das alterações relativas ao cálculo da verba sucumbencial devida.

Há que se acrescentar que, de modo diverso ao ocorrido quando da edição do CPC/1973 – ocasião em que respeitada doutrina⁸ e o próprio STF⁹ entendiam que as novas regras sobre honorários sucumbenciais seriam aplicáveis imediatamente a todos os processos com decisão pendente, sem necessidade de preservação do regime anterior –, o novo Código de Processo Civil trata da questão dos honorários de sucumbência, sobretudo a recursal, de acordo com a lógica econômica de incentivos: impõe-se ao perdedor, que reluta em aceitar o resultado do processo, o risco de arcar com a majoração dos honorários devidos ao patrono da parte adversa em caso de nova derrota.

Essa dupla funcionalidade dos honorários recursais (remuneração do trabalho adicional do advogado e desestímulo à interposição de recursos) já foi reconhecida pelo STJ. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
[...] HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, § 11, DO CPC/15.
[...]

3. O § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015 tem dupla funcionalidade, devendo atender à justa remuneração do patrono pelo trabalho adicional na fase recursal e inibir recursos provenientes de decisões condenatórias antecedentes.

4. Atendidos os limites legais dos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/15, a majoração da verba honorária a título de honorários recursais é

8 LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual Civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

9 AgInt 64.356, Primeira Turma, Rel. Min. Antonio Nader, DJ 8/10/1976.

medida que se impõe.

5. Agravo interno conhecido e desprovido.

(AgInt no AREsp 196.789/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 18/08/2016)

O que se percebe desse breve apanhado jurisprudencial, todavia, é que, até a presente data, não há entendimento uniforme acerca da matéria nos órgãos fracionários do STJ, o que se revela bastante compreensível, em virtude não somente do curto espaço de tempo de vigência do novo Código mas também da dificuldade histórica – haja vista a complexidade de fatos e situações jurídicas que integram uma ação judicial – de se definir, a partir de critérios objetivos e delimitados, o que se entende por *aplicação imediata da lei*.

Não exigiria maiores esforços, em primeira leitura, concluir que a utilização do adjetivo exclui do âmbito de incidência as situações jurídicas consolidadas e os fatos consumados, no mesmo sentido da expressa proteção conferida a eles pelo art. 14 do CPC/2015.

A Quarta Turma do STJ, apesar de reconhecer que as alterações legislativas aplicam-se imediatamente, tem entendido que o marco temporal para incidência das normas que tratam de honorários advocatícios deve ser a data em que a sucumbência foi imposta, seja na sentença, seja em momento posterior (AgInt no REsp 1.481.917/RS (Rel. p/ acórdão Min. Marco Buzzi, DJe 11/11/2016)).

Consignou aquele órgão julgador que não se pode cogitar de direito adquirido aos honorários advocatícios, “a fim de conclamar incida o novo diploma normativo apenas às demandas ajuizadas após a data de sua entrada em vigor”. Isso porque, a despeito de não afastar seu caráter híbrido (processual/material), o novo Código não suprimiu o direito dos advogados de recebê-los, estabelecendo, tão somente, “uma nova ordem para a aplicação da distribuição da verba sucumbencial”.

No que refere aos honorários recursais, a Turma entendeu no mesmo sentido do enunciado administrativo supra citado: aplicação aos recursos interpostos contra decisão publicada após a vigência do

CPC/2015. É o que se verifica do seguinte julgado:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS [...]

[...]

1. A sucumbência rege-se pela lei vigente à data da deliberação que a impõe ou a modifica, na qual ficarão estabelecidas a sucumbência entre os pedidos das partes, bem ainda todos os requisitos valorativos para a fixação da verba sucumbencial (honorários advocatícios).

2. Tal como mencionado no enunciado nº 6 do Plenário do STJ na sessão de 9 de março de 2016, em virtude da irretroatividade da lei, “somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC”, porquanto a parte recorrente estará ciente da norma penalizadora daquele que, de certo modo, pretende apenas protelar o desfecho da demanda face o manejo de reclamos sem chance de êxito. Desta forma, para os recursos interpostos contra deliberação publicada a partir de 18 de março de 2016, data da entrada em vigor do CPC/2015, aplicar-se-á o novo ordenamento normativo, inclusive no que tange à possibilidade de majoração dos honorários estabelecida no artigo 85, § 11.

[...]

7. Agravo interno desprovido, sem a aplicação da majoração dos honorários nos termos do art. 85, § 11, do NCPC.

(AgInt no AREsp 829.107/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 06/02/2017)

Essa linha intelectual, quanto à sucumbência recursal, também encontra amparo na Terceira Turma, consoante se depreende do julgamento dos EDcl no AgInt no REsp n. 1.573.573/RJ (Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 4/4/2017, acórdão pendente de publicação).

Na oportunidade, perseverou a tese de que a regra do § 11 do art. 85 do CPC/2015 é de aplicação imediata, devendo, em razão do acolhimento da teoria do isolamento dos atos processuais pelo

ordenamento jurídico brasileiro, ter como marco inicial de incidência a data da publicação da decisão recorrida. Preserva-se, dessa forma, o teor do enunciado administrativo n. 7/STJ e garante-se segurança jurídica e respeito ao postulado da não surpresa.

Também no âmbito do Supremo Tribunal Federal pode-se encontrar manifestações que acolhem a tese de incidência dos honorários sucumbenciais recursais nas hipóteses de recursos interpostos contra decisões publicadas após 18/3/2016. A título ilustrativo, vale conferir:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA E LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECURSAL – FIXAÇÃO – ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Havendo interposição de recurso sob regência do Código de Processo Civil de 2015, cabível é a fixação de honorários de sucumbência recursal previstos no artigo 85, § 11, do diploma legal. AGRAVO – ARTIGO 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – MULTA. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.”

(ARE 952167 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 30-08-2016 PUBLIC 31-08-2016)

De qualquer forma, independentemente da direção a ser seguida pela jurisprudência, o que deve servir de premissa fundamental é evitar a utilização de duas ou mais leis processuais passíveis de causar qualquer espécie de desconexão ou desorientação em relação à coerência interna do processo e a seus princípios, sobretudo quanto à eficiência e à celeridade.

A interpretação contida nos primeiros julgados reside na delimitação e reconhecimento judiciais, à vista da hipótese concreta, da existência ou não de direitos adquiridos processuais, capazes de excepcionar a regra geral que atribui eficácia imediata à lei nova sobre todos os processos pendentes.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo a vida muito mais rica do que os padrões estáticos previstos na legislação, a necessidade de regular casos particulares exige que o intérprete do Direito aplique adequadamente as chamadas normas jurídicas abertas, que constituem o instrumento adequado a permitir o alcance de soluções para hipóteses de maior complexidade fática, desde que acompanhadas de regras processuais rígidas.

NEUMANN¹⁰ reconhece que o Poder Legislativo não é mais, exclusivamente, a esfera em que se discute a criação de normas. Na verdade, o autor aponta para uma diversidade de órgãos e formas de regulação que não pode mais ser compreendida simplesmente sob a ótica da divisão clássica dos Poderes.

Nesse contexto, sobressai o importante papel do Juiz, que deve analisar e aplicar a lei cercado de valores diversos, deixando de lado formas envelhecidas de interpretação para adotar um olhar evoluído, diferenciado, lembrando sempre que está a serviço do aperfeiçoamento do Poder Judiciário, em benefício do jurisdicionado, sendo certo que a voz das partes em litígio deve sempre ser captada, a fim de que se possa escutar a realidade dos sujeitos do processo.

Essa reflexão deve estar presente sempre que se tratar de aplicar a lei à hipótese concreta, máxime neste relevante momento de início de vigência de um novo Código de Processo Civil, contribuindo, assim, para que esse novel diploma legal se afeição aos anseios daqueles que buscam nas instituições a entrega da justa prestação jurisdicional.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

10 NEUMANN, Franz. *O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual Civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

NEUMANN, Franz. *O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

10 ANOS DA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS INOVAÇÕES, DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Ricardo Lupion¹

Andressa da Silva Garcia²

SUMÁRIO: 1. Introdução ao tema. 2. Análise histórica dos princípios instituídos na Lei 11.101/2005: preservação e função social da empresa. 3. A teoria institucionalista nos regimes recuperatórios e a tutela do credor. 4. Efeitos sobre coobrigados (fiadores e avalistas): novação e stay period. 5. Recuperação Judicial de grupo de empresas e o plano. 6. Arbitrabilidade nos contratos envolvendo massa falida. 7. Universalidade do juízo da recuperação judicial. 8. Extensão dos efeitos da falência. 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

A Lei nº 11.101 de 2005 (LRE) completou dez anos de vigência e trouxe importantes inovações aos processos falimentares e de recuperação de empresas, pretendendo mais celeridade e eficiência, privilegiando o interesse social da empresa.

Esse novo diploma legal contemplou medidas judiciais inovadoras no país, com o objetivo de evitar que a crise suportada pela empresa ocasionasse a falência, quais sejam: o processo de recuperação judicial e a homologação judicial do acordo de recuperação extrajudicial.

Tais medidas possuem os mesmos objetivos: sanear a crise

1 Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor Titular de Direito Empresarial na Escola de Direito da PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Coordenador do Curso de Especialização em Direito Empresarial da PUCRS. Advogado Empresarial. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. ricardo.lupion@pucrs.br

2 Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da PUCRS. Foi bolsista de Iniciação Científica no referido projeto. Participou do 17º Salão de Iniciação Científica da PUCRS, apresentando o tema “10 anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Arbitragem e Massa Falida”, tendo recebido a nota máxima e o reconhecimento de destaque. Advogada em Porto Alegre. andressa.garcia002@gmail.com.

econômico-financeira e patrimonial; preservar a atividade econômica e os postos de trabalho; e atender aos interesses dos credores.

Embora a recuperação judicial não seja totalmente inédita no ordenamento jurídico, a falta de tradição na matéria por um vácuo de 60 anos permitiu mais um palco para importantes discussões em razão das dificuldades de compatibilizar a vontade da maioria com os direitos da minoria.

Com o objetivo de conferir agilidade ao processo de recuperação de empresas, a LRE permite que sejam efetuadas operações essenciais à solução dos problemas financeiros vividos pela empresa, ofertando-lhe a oportunidade de soerguimento de empresas viáveis que estejam passando por dificuldades temporárias, a fim de evitar que a situação de crise culmine com a falência.

2. ANÁLISE HISTÓRICA DOS PRINCÍPIOS INSTITUÍDOS NA LEI 11.101/2005: PRESERVAÇÃO E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A LRE, entre outras inovações, privilegiou o interesse social da empresa. São duas as teorias em torno do interesse social da empresa: a contratualista, segundo a qual o interesse da empresa se resume aos interesses dos sócios e a institucionalista, para a qual esse interesse inclui interesses de outras partes envolvidas, além do interesse dos sócios.³

“Na análise da importante e complexa problemática do ‘interesse social’ confrontam-se tradicionalmente as chamadas teorias institucionalistas e contratualistas. No essencial, para o institucionalismo (atendendo sobretudo à principal corrente – a da ‘empresa em si’) o interesse social vem a ser um interesse comum, não apenas aos sócios mas também a outros sujeitos, nomeadamente os trabalhadores (empregados da sociedade), os credores sociais e até a colectividade nacional. Para o contratualismo, no essencial também (e desconsiderando a variante que sublinha os interesses dos ‘sócios futuros’ – próxima da doutrina institucionalista da ‘pessoa [coletiva] em si’),

3 GARCIA, Ricardo Lupion. “Empresa: Interesse Social e Função Social. Conteúdo e Distinções”. *Revista Síntese Direito Empresarial*, v. 35, p. 40, 2013.

o interesse da sociedade é o interesse dos sócios enquanto tais (não enquanto vendedores, mutuantes, assalariados da sociedade, etc).”⁴

A concepção contratualista, inicialmente defendida pelo jurista italiano Pier Giusto Jaeger considera como um só interesse da sociedade e dos sócios. Em outras palavras, define o interesse social simplesmente como sendo o interesse de sócios, o qual, em última análise, é sempre maximização do lucro e a sua distribuição⁵.

Por outro lado, a concepção institucionalista, originada nos trabalhos do político e industrial alemão Walther Rathenau, vê no interesse social algo muito mais amplo, visto que nele estariam abarcados não só o interesse dos sócios de determinada sociedade (maximização dos lucros e sua distribuição), mas também os de seus empregados, da comunidade em que atua e, sobretudo, da nação. Enfim, a teoria institucionalista identifica claramente um interesse público nas grandes sociedades anônimas, dirigido à preservação da unidade produtiva e ao desenvolvimento econômico e social⁶.

No Brasil, a teoria institucionalista tem íntima ligação com o princípio da função social da empresa, o qual decorre do princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, I da Constituição Federal⁷ e se encontra previsto no art. 170, III e VIII da Carta Magna⁸. Fruto do Estado Social, o princípio da solidariedade faz presente, como sua consequência, o princípio da preservação da empresa⁹.

4 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial. Das Sociedades*. Vol. II. Almedina: Coimbra, 2002, p. 287.

5 SCALZILLI, João Pedro. *Mercado de Capitais – Ofertas Hostis e Técnicas de Defesa*. Quartier Latin: São Paulo, 2015. Capítulo 2. p. 53-54.

6 *Ibidem*. p. 54.

7 NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, n.º 12, São Paulo, 2002, p. 56.

8 AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente. *A função social da empresa no Direito constitucional econômico brasileiro*. São Paulo: SRS, 2008. p. 111-123; WALD, Arnoldo; WAISBERG, Ivo in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 314; COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 558-559.

9 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 36-37.

A redação de alguns de seus dispositivos fundamentou-se no princípio constitucional da função social da empresa que visa a sua preservação e recuperação, proteção aos trabalhadores, prestadores de serviços, fornecedores e demais partes interessadas da cadeia empresarial¹⁰.

Assim, diversas teorias, até certo ponto complementares, foram desenvolvidas para explicar o interesse coletivo que recai sobre a empresa, tais como a teoria institucionalista da sociedade, o princípio da função social da empresa e a teoria econômica da sociedade como feixe de contratos.

A teoria contratualista, adotada pelo Brasil no Código Comercial de 1850 e no Decreto-Lei n.º 2.627/1940 – antiga Lei das Sociedades Anônimas –, importa em que a sociedade é apenas uma comunhão do interesse dos sócios, não importando o interesse de terceiros¹¹. Explica Juan Dobson:

Contractualista. Esta teoría considera al *interés social* como una función esencial en la caracterización del contrato de sociedad. El contrato de sociedad conlleva la existencia de un fin común (la obtención de beneficios), fin que se halla estrechamente vinculado al concepto de interés societario, excluyendo de esta manera la configuración de un interés superior y diverso de los socios.

La *teoría contratualista* tiene una vinculación directa con la posición doctrinal que pregona la naturaleza jurídica de la sociedad comercial como un *contrato plurilateral de organización*. La concepción de éste propicia la existencia de una finalidad que es común a todas las partes y que consiste en la obtención de ganancias y su contrapartida, la eventual contribución a las pérdidas. Esta finalidad resulta la causa que motiva justamente la vinculación, dado que el interés en estos contratos no es contrapuesto.¹²

10 Fato que é ressaltado especialmente pelo art. 47 da Lei de Falências. "Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica."

11 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. IV, t. I. p. 03-04.

12 DOBSON, Juan Ignacio. *Interés societario*. Buenos Aires: Astrea, 2010. p. 50.

Diversas teorias foram criadas como oposição à contratualista, todas buscando o reconhecimento de um interesse além daqueles atinentes ao sócio¹³. Tais teorias receberam os nomes de *Unternehmen an sich*, *Institucionalista francesa*, *Person an sich*, *Institucionalista estadunidense* e *do interesse social como interesse da comunidade*¹⁴. Observa-se que "las teorías institucionistas no identifican al interés social con el interés común de los socios, contrariamente a lo sostenido por seguidores de la teoría contractualista"¹⁵. Isto porque o interesse dos sócios é egoísta e muitas vezes contraposto ao interesse da sociedade¹⁶.

A Lei n.º 6.404/1976 aponta em direção à teoria institucionalista da sociedade, em especial com a redação dos arts. 116 e 117, pela qual "a companhia não constitui mero contrato regulador de capitais, mas instrumento jurídico de natureza plurilateral que viabiliza a atividade empresarial"¹⁷:

Já o diploma de 1976 adotou, de um lado, o princípio da prevalência da função socioeconômica e comunitária da companhia no art. 116 e, conseqüentemente, o da preservação da empresa, no art. 117. Trata-se de duas normas de interpretação que devem necessariamente ser aplicadas ao presente capítulo, que de modo específico trata da matéria (arts. 206 a 219). Impõem-se a interpretação sistemática das regras de origem contratualista deste capítulo e a aplicação dos modernos princípios da função institucional das companhias e da preservação da empresa, consubstanciados nos referidos arts. 116 e 117. Esses artigos, que devem ser examinados no conjunto legal em vigor (art. 170 da CF de 1988), com efeito, seguiram a universal tendência das legislações societárias do pós-guerra. Com fundamento nesses dois princípios, algumas legislações mais radicais (Espanha e Peru) chegam a permitir que o Estado reverta a deliberação assemblear de dissolver a companhia, em face do interesse público na manutenção da atividade empresarial que ela exerça.¹⁸

13 Ibidem. p. 54.

14 Ibidem. p. 54-59.

15 Ibidem. p. 54; COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 373.

16 DOBSON, Juan Ignacio. *Interés societario*. Buenos Aires: Astrea, 2010. p. 296.

17 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. IV, t. I. p. 04.

18 Ibidem. p. 04.

Marcos Satanowsky ensina que o Direito há muito passa por uma tensão entre o individual e o social:

En el campo del derecho positivo, como en las especulaciones' de la filosofía y en el combate político, la tendencia aludida se presenta como una solución del viejo conflicto entre el individuo y la sociedad, entre el derecho individual y el derecho social. Desde que existen comunidades humanas regidas por normas de convivencia, el derecho social penetra y se abre camino dentro del interés individual y del derecho individual. Pero esa socialización incesante del derecho privado no importa la crisis del derecho individual.

En la evolución natural, lógica y necesaria del derecho individual, el problema a resolver reside en establecer cuál es el límite de penetración de lo social en lo particular a que puede llegarse sin afectar la libertad individual.

Conviene señalar *ab initio* que ese aspecto del problema sólo se presenta al jurista que ve en el derecho una elaboración natural de las normas de convivencia basadas en la libertad individual. Para los que buscan en el derecho un contenido susceptible de amparar concepciones de ordenamiento social extrañas a la libertad individual, el problema señalado adquiere carácter distinto.¹⁹

Da tensão entre o individual e o social, deriva a prevenção e o tratamento das dificuldades das empresas através da recuperação judicial, os quais são fenômenos jurídicos relativamente recentes na história do Direito, tendo forte impulso com o Direito Falimentar durante o século XX²⁰. Atualmente, pode-se afirmar que no Brasil seguiu-se esta tendência já verificada em outros países, como na França (Lei n.º 94.495/1994), na Inglaterra (Insolvency Act de 1986), em Portugal (Lei de 1993), na Alemanha (Lei de 1994) e na Espanha (Reforma de 2003)²¹.

19 SATANOWSKY, Marcos. **Tratado de Derecho Comercial**. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1957, t. 1. p. 16-19.

20 WALD, Arnoldo; WAISBERG, Ivo in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 313: "No direito comparado, contudo, a empresa como sujeito de responsabilidade social pode ser identificada como fenômeno da década de 20, quando executivos de grandes empresas passaram a demonstrar preocupação não só com a obtenção de lucros, mas também com os diversos outros interesses que gravitam em torno da sociedade, como aqueles dos trabalhadores, consumidores, fornecedores e comunidade."

21 PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**. 2. ed.

Observe-se que o Direito Societário, pela Lei n.º 6.404/1976, foi pioneiro em reconhecer no Brasil a função social da empresa e os efeitos de um Estado Social que ainda não se encontrava propriamente presente na legislação. Da mesma forma, ocorreu no Direito italiano que admitiu a teoria institucionalista da sociedade anônima quando era incompatível com o restante do ordenamento jurídico daquele país²².

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho reconhecem a existência de interesses *interempresariais* e *extraempresariais*, entendidos aqueles como atinentes aos acionistas, titulares de outros valores mobiliários, empregados e administradores, e estes como ligados à comunidade local, regional ou nacional. Acrescentam que "a harmonização dos interesses internos e externos à empresa faz-se naturalmente, no sentido da supremacia dos segundos sobre os primeiros na hipótese de conflito"²³.

Com razão, assinala Paula Forgioni que "o fenômeno da intervenção do Estado na economia foi assimilado, embora restem intensos debates sobre sua conveniência e oportunidade"²⁴.

A LRE contemplou medidas judiciais inovadoras no país, com o objetivo de evitar que a crise suportada pela empresa ocasionasse a falência, quais sejam: o processo de recuperação judicial e a homologação judicial do acordo de recuperação extrajudicial. Tais medidas possuem os mesmos objetivos: sanear a crise econômico-financeira e patrimonial; preservar a atividade econômica e os postos de trabalho; e atender aos interesses dos credores. Embora a recuperação judicial não seja totalmente inédita no ordenamento jurídico²⁵, a falta de tradição na matéria por um vácuo de 60 anos permitiu mais um palco para importantes discussões em razão das dificuldades de compatibilizar a

Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 01.

22 NOBILI, Raffaele. **Contributo allo studio del Diritto d'opzione nelle società per azioni**. Milão: Giuffrè, 1958. p. 194.

23 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 365.

24 FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: RT, 2009. p. 86.

25 Visto que muitos de seus pressupostos essenciais foram adotados em todas as leis brasileiras, com exceção do Decreto -Lei n.º 7.661/1945 que instituiu a concordata-sentença.

vontade da maioria com os direitos da minoria.

Responsável por tentar conferir agilidade ao processo de recuperação de empresas, a Lei Falimentar permite que sejam efetuadas operações essenciais à solução dos problemas financeiros vividos pela empresa, ofertando-lhe a oportunidade de soerguimento de empresas viáveis que estejam passando por dificuldades temporárias, a fim de evitar que a situação de crise culmine com a falência.

Desde a edição da LRE, o Superior Tribunal de Justiça vem se pronunciando a respeito de importantes temas relacionados à aplicação desse novo instituto, como adiante se verificará.

3. A TEORIA INSTITUCIONALISTA NOS REGIMES RECUPERATÓRIOS E A TUTELA DO CREDOR

Da análise de alguns julgados, verifica-se uma tendência do Superior Tribunal de Justiça pela aplicação da teoria institucionalista, que se preocupa não apenas com o interesse dos sócios da empresa, mas com a coletividade de setores afetados.

À título exemplificativo tem-se o julgado que não reconheceu o perigo de dano reversível ao cumprimento do plano de recuperação judicial em razão de crédito reconhecido posteriormente à aprovação do plano. Conforme a referida decisão, “a par de o plano de recuperação judicial estar sendo cumprido devidamente sem o montante ora controverso por quase um ano, foram ainda concedidos moratória de 05 (cinco) anos para o pagamento dos créditos quirográficos e parcelamentos para pagamento dos demais credores, de sorte que a ausência dos valores resultantes dos direitos de crédito oriundos do contrato de cessão fiduciária de duplicatas e direitos firmado com o banco requerente não se revela apta a gerar perigo de dano irreversível, tampouco indica comprometimento do plano de recuperação das empresas²⁶”.

26 STJ, AgRg na MC n.º 17722 – MT, Relator para Acórdão Min. Vasco Della Giustina, Data do Julgamento 03/03/2011, DJe 10/03/2011.

4. EFEITOS SOBRE COOBRIGADOS (FIADORES E AVAILISTAS): NOVAÇÃO E STAY PERIOD

Outro tema controverso em matéria de recuperação de empresa é a extensão dos efeitos conferidos à empresa em recuperação judicial, quando do deferimento do processo recuperacional, aos coobrigados em geral. Isso porque, ao deferir o processamento da recuperação judicial, é também concedido o período de proteção pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, também denominado *stay period*.

Esse período de proteção – *stay period* – serve como uma blindagem temporária para a empresa que requereu a recuperação judicial, na medida em que suspende todas as execuções contra a recuperanda, permitindo a reorganização de suas finanças.

No entanto, a problemática do tema surge com a redação do §1º do artigo 49 da Lei 11.101/2005 que dispõe “os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”.

Não obstante a redação do dispositivo acima referido, há inúmeras dúvidas quanto à efetividade do direito de regresso contra os garantidores da empresa que requereu a recuperação judicial. Isso porque o artigo traz institutos que possuem naturezas diversas, como ocorre com o aval e a fiança.

Nesse contexto, também deve ser mencionada a novação ocasionada pela aprovação do plano de recuperação judicial, que acarreta a extinção da dívida antiga e faz surgir novo negócio jurídico com termos e cláusulas próprias. Diante dessa situação, os credores exigem dos garantidores de dívidas (fiadores e avalistas) o pagamento das dívidas nas condições originalmente pactuadas, enquanto que os garantidores procuram a extensão dos benefícios concedidos às empresas em recuperação judicial e, portanto, pagar as dívidas que garantiram nas mesmas condições aprovadas pelos credores no plano de recuperação judicial.

Para melhor abordagem do tema, é importante definir o conceito

de novação, uma vez que “a Lei n. 11.101/2005, ao regular a recuperação judicial, estabelece regras sobre a novação, as quais lhe conferem características que a diferenciam da novação prevista no Código Civil. Tal situação acarreta uma série de dúvidas remarcadas de complexidade e dificuldades ao intérprete da legislação recuperacional”²⁷.

A novação, prevista no art. 59 da Lei n. 11.101/2005, como consequência da concessão da recuperação judicial à empresa-devedora, não tem a mesma natureza jurídica do instituto regrado pelo art. 360 do Código Civil (arts. 999 e seguintes do CC/1916), que acarreta a extinção das dívidas novadas²⁸.

Com efeito, “a novação resultante da concessão da recuperação judicial após aprovado o plano em assembleia é *sui generis*, e as execuções individuais ajuizadas contra a própria devedora devem ser extintas, e não apenas suspensas”²⁹.

A Lei n. 11.105/2005, no art. 59, caput, ao contrário do que ocorria sob a égide do Decreto-lei n. 7.661/45, quando este regulava a concordata, estabelece expressamente que o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, *sem prejuízo das garantias*³⁰.

Em suma, prevalece o entendimento doutrinário e pretoriano, no sentido de que, concedida a recuperação judicial, a novação dela decorrente afeta, exclusivamente, as obrigações da empresa-devedora constituídas até a data do pedido. Outrossim, a novação não atinge os coobrigados, fiadores, obrigados de regresso e, especialmente, os avalistas, haja vista a autonomia do aval³¹.

Nesta linha de posicionamento, o Enunciado n. 43 da I

27 CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **A Novação Recuperacional**. In: Fábio Ulhoa Coelho. (Org.). Tratado de Direito Comercial – Falência, Recuperação de Empresa e Direito Marítimo. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 7, p. 295.

28 *Ibidem*. p. 299.

29 STJ – REsp: 1272697 DF 2011/0195696-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 02/06/2015, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/06/2015.

30 *Ibidem*. p. 301.

31 *Ibidem*. p. 308.

Jornada de Direito Comercial: “A suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei n. 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor”³².

No entanto, há autores que entendem de maneira diversa, como exemplo Rachel Sztajn, para quem a concessão da recuperação judicial e consequente novação das dívidas existentes à data do pedido, estendendo-se, inclusive, aos garantidores da dívida. Isso porque as garantias, como acessório, seguem o principal, o crédito. Em assim sendo, ficam elas subordinadas às mesmas condições que incidam sobre os créditos garantidos³³.

No que tange à possibilidade de extensão dos efeitos do *stay period* aos garantidores da dívida principal sujeita à recuperação judicial, verifica-se que, de acordo com o entendimento do STJ, “a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005”³⁴.

Isso porque, o *stay period* destina-se a proteger o devedor e os seus bens, “razão pela qual há a previsão no art. 6º, § 4º, c/c art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005 do denominado *stay period*, credores de contratos que instrumentalizam o estabelecimento não podem retirar do estabelecimento do devedor os bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. Desta forma, busca-se preservar a empresa mediante a preservação do valor dos seus ativos”³⁵.

32 *Ibidem*.

33 Sztajn, Rachel. Artigo 49. In: Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005. Coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 229.

34 REsp 1333349/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 02/02/2015.

35 CAVALLI, Cássio Machado. *Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no Direito Brasileiro*. Revista dos Tribunais, Vol. 858/2007.

É relevante lembrar que “a razão de ser da norma que determina a pausa momentânea das ações e execuções – *stay period* – na recuperação judicial é a de permitir que o devedor em crise consiga negociar, de forma conjunta, com todos os credores (plano de recuperação) e, ao mesmo tempo, preservar o patrimônio do empreendimento, o qual se verá liberto, por um lapso de tempo, de eventuais restrições de bens imprescindíveis à continuidade da atividade empresarial, impedindo o seu fatiamento, além de afastar o risco da falência”³⁶ e, portanto, essa necessidade de tempo é inaplicável aos garantidores.

5. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE GRUPO DE EMPRESAS E O PLANO

A realidade econômica tem demonstrado que muitas empresas se conglomeram, a fim de se tornarem mais competitivas nos mercados em que atuam. Sobre o tema, Paulo de Toledo, ensina que “a complexidade e o dinamismo da atividade econômica levam as empresas a buscarem, para seus crescimentos e maiores penetrações no mercado, soluções eficazes e a custos compatíveis com os resultados pretendidos. A formação de grupos econômicos é consequência direta desse propósito, a ponto de se poder dizer que, hoje, todas ou quase todas as empresas de maior expressão econômica integram grupos de sociedade”³⁷.

Daí se percebe a relevância da repartição da responsabilidade entre as integrantes do grupo, as quais preservam autonomia jurídica e patrimonial, respondendo cada qual pelas obrigações por elas assumidas. Este é um dos fatores justificativos da formação dos grupos econômicos³⁸.

No entanto, quando uma das empresas ingressa com o pedido

36 STJ. REsp n.º 1.374.259/MT, Relator p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Data Julgamento 02/06/2015.

37 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Recuperação Judicial de Grupos de Empresas**. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Temas de Direito Empresarial e outros estudos*. p. 340.

38 Ibidem. p. 342.

de recuperação judicial surgem dúvidas concernentes à extensão da recuperação às outras empresas integrantes do grupo. Além disso, questiona-se se haveria um plano de recuperação judicial unitário para o grupo ou haveria necessidade de se fazer um plano de recuperação para cada empresa.

Os grupos de empresas, pela sua importância econômica, merecem atenção do legislador societário, como não poderia deixar de ser (embora talvez em nível ainda por ser aprimorado). Era de se esperar que semelhante tratamento lhes fosse dado pela moderna Lei de Recuperação de Empresas. Não foi isto, no entanto, o que aconteceu. Os oito anos de vigência da Lei 11.101/2005 deixam à mostra pontos a serem repensados e omissões a serem preenchidas. Entre estas, a disciplina das crises econômico-financeiras dos grupos de sociedades³⁹.

O fato de não haver previsão na lei brasileira para a crise de grupos de empresas e a circunstância de não terem eles personalidade jurídica e, conseqüentemente, não disporem de legitimação ativa para impetrar recuperação judicial, acarretaram um problema para o qual se encontrou resposta engenhosa. Com efeito, a crise de uma empresa integrante de um grupo econômico pode vir a afetar outras que igualmente dele participem. As características grupais, no entanto, exigem uma visão de conjunto, que a recuperação isolada de uma das empresas do grupo não iria proporcionar⁴⁰.

O bom senso e a economia processual indicam que a apresentação de diferentes planos, um para cada sociedade em recuperação, acarretaria a realização de diversas assembleias, em datas não coincidentes. Isto acontecendo, a duração do processo iria naturalmente prologar-se, e os custos (fator particularmente importante tratando-se de empresas em crise) iriam multiplicar-se. Além do mais, haveria uma desnecessária complexidade, sem correspondente eficácia⁴¹.

Justifica-se, portanto, a apresentação de plano único. Tem-se,

39 Ibidem. p. 348.

40 Ibidem. p. 349.

41 Ibidem. p. 350.

desse modo, adequada visão de conjunto, com redução de custos e ganho de eficácia. A jurisprudência vem acolhendo esse entendimento. Na espécie em foco, foi o que se fez ⁴².

A adoção de um plano único de recuperação exige, no entanto, cuidados especiais. Estes, segundo penso, devem ser de duas ordens, umas concernentes ao plano em si, outra relacionada à participação dos credores ⁴³.

O Superior Tribunal de Justiça tem firmado entendimento de que *“é possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial”* ⁴⁴.

6. ARBITRABILIDADE NOS CONTRATOS ENVOLVENDO MASSA FALIDA

Desde já, a importância do presente tema verifica-se pela situação de instabilidade financeira na qual o país se encontra, aumentando o número de empresas que decretam a falência. Por outro lado, a arbitragem é um meio de resolução de conflitos que vem se consolidando no meio empresarial. Assim, tem-se como objetivo a análise dos dispositivos legais da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LRE) que se aplicam aos efeitos da decretação da falência no procedimento arbitral instaurado anteriormente e que tenha por objeto o reconhecimento de um crédito.

Em primeiro lugar, *há uma questão legal*, pois a LRE institui como um dos princípios do juízo falimentar a sua indivisibilidade (art. 76), tendo em vista ele atrai todas as ações atinentes à massa falida. Além disso, há outra questão de prática jurídica, no sentido de a arbitragem ser um procedimento custoso, o que pode inviabilizar

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem. p. 347.

⁴⁴ STJ, REsp 1125767/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 25/08/2011

a sua utilização pela empresa falida. Ainda, o art. 6º da LRE dispõe que, uma vez decretada a falência de uma empresa, todas as ações e execuções em face do devedor devem ser suspensas.

Diante disso, considerando que um credor já tenha instaurado arbitragem, questiona-se se tal procedimento poderia continuar o seu curso, aplicando-se a exceção prevista no §1º, do art. 6º da LRE, ou se tal procedimento deveria ser suspenso. Assim, é preciso averiguar as consequências advindas da continuidade do procedimento arbitral, considerando o conjunto de princípios que regem tanto a LRE quanto a Lei de Arbitragem.

Como se sabe, a Lei de Recuperação de Empresas (Lei 11.101/2005, de 09.02.2005) estabelece, como regra geral aplicável tanto à falência como à recuperação judicial, a suspensão do “curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor”. A disposição não tem caráter absoluto. Com efeito, não serão todos esses processos que deixarão de seguir. Terão prosseguimento, por expressa previsão legal, as ações que demandarem quantia ilíquida ⁴⁵.

Conforme Paulo de Toledo, o art. 76 da Lei 11.101/2005, que institui a unidade e indivisibilidade do juízo falimentar, “competente pra conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”, deve ser analisada em conjunto com o disposto no art. 6º, § 1.º, e se refere às ações em que se demande quantia ilíquida, ou pretensões que não tenham por objeto quantias certas e definidas, uma vez que, nesse caso, o crédito deverá ser habilitado na falência ⁴⁶.

Trazendo como situação fática a arbitragem que se encontra em curso quando da decretação da falência de uma empresa, deve-se considerar que, por força de lei, o procedimento arbitral “foi erigido ao mesmo plano do processo judicial de conhecimento, na medida em

⁴⁵ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Arbitragem e Insolvência**. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial. Vol. 6. p. 819-844. Dez/2010.

⁴⁶ Ibidem.

que a sentença arbitral qualifica-se como título executivo judicial⁴⁷”.

Paulo de Toledo, no entanto, ressalva que “a competência do árbitro esgota-se com a prolação da sentença. O cumprimento desta será efetuado perante o juízo cível competente. E isto porque a jurisdição arbitral não tem poderes para executar. Estes apenas são detidos pelo Estado. Bem por isso, os litígios submetidos à arbitragem são de cunho cognitivo ou cautelar. Não se pode, via arbitragem, executar um crédito. Daí se depreende que, de um modo geral, os procedimentos arbitrais têm por objeto quantias ilíquidas⁴⁸”.

Dessa forma, pode-se inferir que o procedimento arbitral, por sua natureza não-executória, tem prosseguimento, mesmo quando o devedor venha a ajuizar pedido de recuperação judicial ou tenha sua falência decretada. Não se lhe aplica, portanto, a regra geral de suspensão dos processos, prevista no caput do art. 6º da Lei 11.101/2005, Lei de Recuperação de Empresas, e sim a exceção constante do § 1.º do mesmo dispositivo⁴⁹”.

A assertiva, é claro, aplica-se a demandas ilíquidas, uma vez que, não o sendo, o crédito deverá ser objeto de habilitação. O autor acrescenta que alterações supervenientes relativas às partes não afastam a eficácia da convenção. Caberá, apenas, suprir a capacidade da parte ou substituí-la na relação processual⁵⁰.

Em outras palavras: na falência, como o devedor perde a administração de seus bens, não pode prosseguir atuando no processo, na mesma posição processual. Será sucedido, no entanto, pela massa falida, representada pelo administrador judicial, obviamente nas causas que não tiverem sido suspensas pela falência⁵¹.

Sobre a jurisprudência é no sentido de que “a convenção de arbitragem prevista em contrato não impede a deflagração do

47 Ibidem.

48 Ibidem.

49 Ibidem.

50 Ibidem.

51 Ibidem.

procedimento falimentar fundamentado no art. 94, I, da Lei n. 11.101/2005. A existência de cláusula compromissória, de um lado, não afeta a executividade do título de crédito inadimplido⁵²”.

De outro lado, “a falência, instituto que ostenta natureza de execução coletiva, não pode ser decretada por sentença arbitral. Logo, o direito do credor somente pode ser exercitado mediante provocação da jurisdição estatal. Admite-se a convivência harmônica das duas jurisdições – arbitral e estatal, desde que respeitadas as competências correspondentes, que ostentam natureza absoluta⁵³”.

7. UNIVERSALIDADE DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Segundo o § 1º do art. 6º da Lei 11.101/2005, “terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida”. Trata-se de regra que não impõe nenhum prejuízo ao devedor, pois a referida ação não tem o condão de agredir o seu patrimônio imediatamente, tampouco prejudicar a recuperação judicial⁵⁴.

O dispositivo em questão está endereçado especialmente para as ações de conhecimento de cunho condenatório, justamente aquelas que ainda precisarão ser executadas em caso de procedência, como por exemplo, ação de cobrança e a ação de indenização por dano moral⁵⁵.

Ao fim e ao cabo, enquanto não constituído o título judicial não é cabível a suspensão do feito, uma vez que se está diante de ação que demanda quantia ilíquida e que tem a natureza de processo de conhecimento⁵⁶.

52 STJ, Resp n.º 1277725, Relator p/ Acórdão Minª. Nancy Andriighi, Data do Julgamento 12/03/2013, Dje 18/03/2013.

53 STJ, Resp n.º 1277725, Relator p/ Acórdão Minª. Nancy Andriighi, Data do Julgamento 12/03/2013, Dje 18/03/2013.

54 SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 281.

55 Ibidem.

56 Ibidem.

Em suma, nos casos de ação indenizatória tem-se a situação de continuidade da demanda, portanto, sem que ocorra a suspensão, uma vez que se trata de processo de conhecimento e tem por objeto quantia ilíquida. Com posterior sentença que reconheça o direito indenizatório em face da empresa recuperanda, poder-se-á pleitear posterior habilitação do crédito.

Os tribunais têm julgado no sentido de que “a ação na qual se busca indenização por danos morais – caso dos autos – é tida por “demanda ilíquida”, pois cabe ao magistrado avaliar a existência do evento danoso, bem como determinar a extensão e o valor da reparação para o caso concreto. Tratando-se, portanto, de demanda cujos pedidos são ilíquidos, a ação de conhecimento deverá prosseguir perante o juízo na qual foi proposta, após o qual, sendo determinado o valor do crédito, deverá ser habilitado no quadro geral de credores da sociedade em recuperação judicial. Interpretação do § 1º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005⁵⁷”.

Ainda, complementando a argumentação exarada acima, “segundo o *caput* do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. A situação dos autos demonstra que o evento danoso, que deu origem ao crédito discutido, bem como a sentença que reconheceu a existência de dano moral indenizável e dimensionou o montante da reparação, ocorreram antes do pedido de recuperação judicial. Na hipótese de crédito decorrente de responsabilidade civil, oriundo de fato preexistente ao momento da recuperação judicial, é necessária a sua habilitação e inclusão no plano de recuperação da sociedade devedora⁵⁸”.

Em suma, as demandas que têm por objeto quantia ilíquidas, especificamente no caso de ação indenizatória, pois objeto deste tópico, tem-se o prosseguimento do processo até o julgamento do mérito. Uma vez reconhecido o crédito, deve-se habilitar o valor no

57 STJ, Resp n.º 447918, 4ª Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão, Dje 16/05/2016.

58 *Ibidem*.

quadro-geral de credores quando a origem tenha se dado em data anterior ao pedido de recuperação judicial. Assim, se a origem do débito é em data anterior se submete aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do artigo 49 da Lei 11.101/2005.

Nessa mesma linha de entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu nesse sentido, desconhecendo a sujeição do débito aos efeitos da recuperação judicial, uma vez que a demanda indenizatória tinha como origem do crédito data posterior ao da recuperação judicial – o seu reconhecimento se deu com prolação do acórdão. Assim, decidiu-se pela “não aplicação do art. 49, da Lei no 11.101/2005, uma vez que a constituição do crédito se deu com a prolação do Acórdão que, inclusive, majorou o quantum indenizatório⁵⁹”.

8. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA

Sobre o tema, “não há melhor ponto de partida do que lembrar o que diz a Lei de Recuperação de Empresas (LRE). Esta, no art. 81, estabelece que a falência da sociedade com sócios de responsabilidade ilimitada acarreta também a falência destes. Note-se, desde logo, que a previsão legal é restritiva. A extensão da falência é determinada apenas nessa hipótese e exclusivamente para os sócios de responsabilidade ilimitada⁶⁰”.

A razão é óbvia: pela própria natureza da composição societária, esses sócios respondem com seus patrimônios pessoais pelas obrigações assumidas pela sociedade, em solidariedade com esta. Assim, se estas vêm a falir, os bens desses sócios também responderão pelas dívidas sociais, juntamente com os da sociedade. Daí a considerá-los igualmente falidos, a distância não é grande⁶¹.

Sem ingressar em digressões teóricas, pode-se dizer que, basicamente, com a extensão da falência, busca-se atingir patrimônio de

59 TJSP, AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 0053828-28.2011.8.26.0000.

60 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Extensão da falência a sócios ou controladores de sociedades falidas**. Revista do Advogado. Ano XXIX, n.º 105, setembro/2009. pgs. 153-154.

61 *Ibidem*.

terceiros, que irão compor a massa falida objetiva (sempre insuficiente para o pagamento do passivo). Essas pessoas supostamente seriam responsáveis pela dívidas tanto quanto a falida, justificando-se, desse modo, que seus patrimônios individuais sejam igualmente alcançados⁶².

Certas decisões, em vez de determinar a extensão da falência, consignam que os efeitos da que foi decretada estendam-se a determinadas pessoas. Estas, portanto, não são tidas como falidas, mas deverão suportar todos os efeitos da falência. Em outras palavras, o estigma, que, ainda hoje, não raramente acompanha falidos (herança do antigo epíteto *decoctor, ergo fraudator*), perde, nesse caso, um pouco do seu colorido, embora sem desaparecer de todo, uma vez que as demais consequências negativas estarão presentes e serão visíveis⁶³.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido da “possibilidade de extensão dos efeitos após a desconsideração da personalidade jurídica, embora haja distinção entre “desconsideração da personalidade jurídica” e “extensão dos efeitos da falência”⁶⁴”.

Ademais, em outra ocasião, o mesmo Tribunal decidiu que “da clara redação do art. 82 da Lei n. 11.101/2005 é possível inferir que a norma se refere à apuração, no juízo da falência, da responsabilidade pessoal dos sócios e administradores da própria empresa falida, e não de outras empresas que guardem com aquela alguma relação de controle”⁶⁵.

Continua o relator do caso, “nos termos do art. 50 do CC, o decreto de desconsideração da dos sócios e administradores que dela se utilizaram indevidamente, por meio personalidade jurídica de uma sociedade somente pode atingir o patrimônio de desvio de finalidade ou confusão patrimonial”⁶⁶.

62 Ibidem. p. 155.

63 Ibidem. p. 157.

64 REsp n.º 1293636 – GO, Relator para Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Data do julgamento 19/08/2014, Dje 08/09/14.

65 REsp n.º 1412997 – SP, Relator para Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento 08/09/2015, Dje 26/10/2015.

66 REsp n.º 1412997 – SP, Relator para Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento 08/09/2015, Dje 26/10/2015.

9. CONCLUSÃO

Após 10 anos de vigência da Lei 11.101/2005, temas relevantes foram submetidos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça.

De modo geral, verifica-se que o judiciário reconhece a importância e autonomia da assembleia-geral de credores, que decide o rumo da recuperação judicial, em especial se o plano será ou não aprovado e, conseqüentemente, se será concedida a recuperação judicial à empresa. Ao judiciário cabe apenas o controle de legalidade dos atos praticados pelos credores na assembleia-geral, se houve abuso do direito de voto ou outra ilegalidade.

No âmbito do projeto de iniciação científica foi realizada uma pesquisa das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2014, 2015 e 2016 em temas relacionados à Lei de Recuperação Judicial.

Em 2014, dos 34 acórdãos julgados pela Corte, 25 recursos (75%) não foram conhecidos e/ou as decisões dos tribunais estaduais foram mantidas e apenas 9 casos (25%), os recursos foram conhecidos e providos. Desse total, 20 casos envolviam o plano de recuperação judicial e 14 versavam sobre conflito de competência. Entre os casos que envolviam o plano, 14 decisões proferidas pelos tribunais estaduais foram mantidas (70%) e em apenas 6, o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão (30%). Já entre os 14 casos que versaram sobre conflito de competência, em 11 julgamentos não foram reformadas as decisões proferidas pelos Tribunais Estaduais contra as quais se interpôs os recursos (78%) e, apenas 3 casos (22%) houve a reforma.

Em 2015, dos 36 acórdãos julgados pela Corte, 27 recursos (75%) não foram conhecidos e/ou as decisões dos tribunais estaduais foram mantidas e apenas 9 casos (25%), os recursos foram conhecidos e providos. Desse total, 21 casos envolviam o plano de recuperação judicial e 15 versavam sobre conflito de competência. Entre os casos que envolviam o plano, 15 decisões proferidas pelos tribunais estaduais foram mantidas (71%) e em apenas 6, o Superior Tribunal de Justiça

reformou a decisão (29%). Já entre os 15 casos que versaram sobre conflito de competência, em 12 julgamentos não foram reformadas as decisões proferidas pelos Tribunais Estaduais contra as quais se interpôs os recursos (80%) e, apenas 3 casos (20%) houve a reforma.

Em 2016, dos 29 acórdãos julgados pela Corte, 21 recursos (72%) não foram conhecidos e/ou as decisões dos tribunais estaduais foram mantidas e apenas 9 casos (28%), os recursos foram conhecidos e providos. Desse total, 20 casos envolviam o plano de recuperação judicial e 09 versavam sobre conflito de competência. Entre os casos que envolviam o plano, 13 decisões proferidas pelos tribunais estaduais foram mantidas (65%) e em apenas 7, o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão (35%). Já entre os 9 casos que versaram sobre conflito de competência, em 08 julgamentos não foram reformadas as decisões proferidas pelos Tribunais Estaduais contra as quais se interpôs os recursos (90%) e, apenas 1 caso (10%) houve a reforma.

Do total de 99 recursos apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça no citado período, 61 casos versaram sobre temas envolvendo o plano de recuperação judicial (62%) e 38 casos sobre conflito de competência (38%), sendo que a expressiva maioria dos recursos (73 casos) não foi conhecida e/ou provida, representando 73% e apenas 26 recursos foram providos, representando 27% do total.

Por fim, cabe registrar que a Lei 11.101/2005 está em processo de aprimoramento⁶⁷, o que vale dizer que não apenas as controvérsias que hoje se apresentam continuarão a existir, mas também outras irão surgir. Pode-se se dizer que esse cenário é comum no âmbito jurídico, uma vez que as leis servem como baliza e limites à atuação do homem, mas jamais poderão prever todos os fatos passíveis de acontecimento no mundo real. Assim, espera-se que a Lei de Recuperação de Empresas continue um processo contínuo de transformações e que cada

67 No âmbito do Ministério da Fazenda há um grupo de trabalho formado pelos juristas Francisco Satiro, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Sheila Cristina Nader Cerezzetti e Cassio Cavalli elaborando uma proposta de reforma da LRE, sendo que os principais pontos foram apresentados em palestra proferida pelo Prof. Francisco Satiro no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, no dia 31/03/17, no evento “A reforma da lei 11.101/2005: medidas por um ambiente de negócios mais eficiente”.

vez mais o princípio de preservação da empresa e tutela dos credores sirvam de baliza para as decisões judiciais.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial. Das Sociedades**. Vol. II. Almedina: Coimbra, 2002.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente. **A função social da empresa no Direito constitucional econômico brasileiro**. São Paulo: SRS, 2008.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **A Novação Recuperacional**. In: Fábio Ulhoa Coelho. (Org.). *Tratado de Direito Comercial – Falência, Recuperação de Empresa e Direito Marítimo*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 7, p. 295-315.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAVALLI, Cássio Machado. **Apontamentos sobre a teoria do estabelecimento empresarial no Direito Brasileiro**. Revista dos Tribunais, Vol. 858/2007. Doutrinas essenciais de Direito Empresarial. Vol.1. Dez/2010. DTR/2007/308.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DE LUCCA, Newton in DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord). **Comentários à nova Lei de recuperação de empresas e de falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DOBSON, Juan Ignacio. **Interés societario**. Buenos Aires: Astrea, 2010.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: RT, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do Direito europeu**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GARCIA, Ricardo Lupion. “Empresa: Interesse Social e Função Social. Conteúdo e Distinções”. **Revista Síntese Direito Empresarial**, v. 35, 2013.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, n.º 12, São Paulo, 2002.

WALD, Arnoldo; WAISBERG, Ivo in CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas**: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SATANOWSKY, Marcos. **Tratado de Derecho Comercial**. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1957.

SCALZILLI, João Pedro. **Mercado de Capitais – Ofertas Hostis e Técnicas de Defesa**. Quartier Latin: São Paulo, 2015. Capítulo 2.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. São Paulo: Almedina, 2016.

SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. **O contrato de trespasse sob a perspectiva dos deveres de conduta**. Revista de Direito Privado. Ano 15. Vol. 58. abr-jun/2014. p. 195.

SZTAJN, Rachel. Artigo 49. In: **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. Coordenação Francisco Satiro de Souza Junior, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Arbitragem e Insolvência**. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial. Vol. 6. p. 819-844. Dez/2010.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Extensão da falência a sócios ou controladores de sociedades falidas**. Revista do Advogado. Ano XXIX, n.º 105, setembro/2009. pgs. 153-158.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Recuperação Judicial de Grupos de Empresas**. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Temas de Direito Empresarial e outros estudos.

(ENDO)PROCESSUALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E ABERTURA MATERIAL DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO

Sérgio Gilberto Porto¹
Guilherme Athayde Porto²

“O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil(...)”³

SUMÁRIO: 1. (Endo)processualização sistêmica de direitos fundamentais. 2. Devido processo legal (5º, LIV, CF). 3. O conteúdo aberto do devido processo no Estado Constitucional Democrático. 4. Conclusão.

1. (ENDO)PROCESSUALIZAÇÃO SISTÊMICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O NCPC, em absoluta sintonia com o conteúdo processual da Constituição Federal⁴, como já destacado em doutrina⁵,

- 1 Professor Emérito da PUCRS. Doutor em Direito, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/RS. Prof. h.c. pela FACOS. Professor titular (aposentado) dos cursos de Doutorado, Mestrado, Especialização e Graduação da PUCRS. Ex-Procurador-Geral de Justiça do RS. Procurador de Justiça (aposentado). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Academia Brasileira de Direito Processual Civil, do Instituto dos Advogados do RS. Integra o Conselho de Redação da Revista de Processo, RT (São Paulo), Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Processual (Belo Horizonte), Conselho Editorial da Revista Jurídica (São Paulo), Conselho Editorial da Revista Síntese-Direito Civil e Processual Civil (São Paulo) e Conselhos de outras publicações especializadas. Autor de vários livros e ensaios nos campos do Processo Civil, Processo Constitucional e Direito Civil. Agraciado com diversos prêmios profissionais e comendas. Parecerista e Advogado com atuação nos Tribunais do RS, STJ e STF.
- 2 Professor de Direito Processual Civil dos Cursos de Especialização da PUCRS e graduação da FACOS. Mestre em Direito Processual Civil pela PUCRS e Doutorando pela PUCRS. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Empresarial. Autor do Livro “Formação da Coisa Julgada e Prova Produzida – uma perspectiva do processo coletivo para o individual” e co-autor do livro “Lições Sobre Teorias do Processo – Civil e Constitucional –”, bem como de ensaios publicados em revistas jurídicas e livros coletivos.
- 3 Artigo 1º do NCPC, Lei nº13.105 de 16.03.2015, publicada no Diário Oficial da União de 17.03.2015.
- 4 Tema anteriormente já exposto, com variações, por SÉRGIO GILBERTO PORTO juntamente com DANIEL USTARROZ, in *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil (O conteúdo processual da Constituição Federal)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- 5 Vetores... Cidadania...

preocupou-se em assegurar que ninguém compareça em juízo desamparado. Ratificou, ainda que não necessitasse, o propósito de desenvolver um processo democrático e atento a proposta processual da Constituição Federal. O cidadão, portanto, comparece em juízo sempre protegido por um conjunto de garantias de índole constitucional-processual, ou seja, de direitos fundamentais inerentes a existência de relação jurídica processual.

Quer isto dizer que há um direito pensado e criado para ser exercido no curso do processo judicial e em razão do processo judicial e que tem assento constitucional. Agora, também, sistemicamente infraconstitucionalizado pelo NCPC. Portanto, há uma endoprocessualização de garantias constitucionais.

Assim, ao cidadão que litiga, com ou sem razão sob o ponto de vista do direito objetivo, deve ser assegurada a plenitude do exercício de tais direitos, vez que são da essência do Estado Constitucional Democrático.

Há, pois, garantias próprias da cidadania processual e deste *status* desfruta a parte em juízo, vez que também essa condição integra a compreensão de Estado Constitucional Democrático. Assim, foi definido pela Constituição Federal e não pode em nenhuma hipótese essa condição ser ignorada. Cabe aos integrantes da relação jurídica processual antes de tudo, no curso do processo judicial, fazer valer a plenitude dessa conquista da sociedade contemporânea.

Assim, possível afirmar que existe uma compreensão – própria e dirigida – do Estado Constitucional Democrática para o plano processual e se desrespeitada esta o processo é atingido pela mácula do arbítrio.

É tão intenso esse compromisso do conteúdo democrático do processo judicial que o NCPC inseriu em seu artigo primeiro essa clara mensagem de que o processo civil coevo será interpretado conforme os valores e normas fundamentais integrantes da Constituição da República. Nessa linha, como já dito, expressa – repetitivamente

– certos vetores constitucionais, tais o de assegurar, *v. g.*, a duração razoável do processo (art. 4º), a plenitude do sagrado direito ao contraditório (art. 7º), dentre outras hipóteses.

Desse modo, pertinente esclarecer o alcance dessa proposta da nova ordem processual, pois não haverá processo válido e eficaz se não respeitados tais valores e normas que antes de processuais são fundamentais e que, em *ultima ratio*, representam a plenitude daquilo que a Constituição Federal chama de *devido processo legal* e que *máxima vênia* melhor seria se tivesse definido como *devido processo constitucional*, haja vista que, como dito e vale redizer, só há processo judicial válido e eficaz se respeitado o Estado Constitucional Democrático, representado no processo judicial pela plenitude do exercício de garantias inerentes a cidadania processual.

É, pois, da essência do processo judicial contemporâneo o compromisso ideológico da mais valia constitucional.

Nessa medida, oportuno que se esclareça, ainda que de modo concentrado, o que representa, na dimensão processual, a mais eloquente das garantias oferecidas, ou seja, o *devido processo legal* sob o espectro ideológico de sua concepção.

2. DEVIDO PROCESSO LEGAL (5º, LIV, CF)

Como destacado com clareza pela doutrina⁶, a ideia brasileira de devido processo legal decorre da cláusula do *due process of law* que – acalentada pelo direito norte americano e existente como derivação da expressão *law of the land* desde a Idade Média, pela via da Carta Magna, conquista dos Barões Feudais saxônicos, junto ao Rei JOÃO “SEM TERRA”, no Século XII -, caracterizou-se como garantia maiúscula das liberdades fundamentais do indivíduo⁷.

A importação, embora saudável em seu conteúdo material,

6 Veja-se, por exemplo, o proveitoso estudo de SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

7 Assim também destacado in Lições de Direitos fundamentais no Processo civil...

incide, *maxima venia*, em equívoco de denominação, face à tradução adotada pelo legislador constituinte brasileiro e, nessa medida, tem gerado alguma perplexidade à comunidade jurídica.

Efetivamente, não se deve perder de vista que a importação tem origem no direito anglo-saxão e, por decorrência, instituto originalmente integrante da família jurídica do sistema *common law*, onde a principal fonte do direito é o *stare decisis* (precedente judicial) e não a lei. Assim, no momento em que é importada uma ideia e usada tradução restrita na sua designação esta circunstância gera deformação, haja vista que o sentido da expressão “law” constante da designação *due process of law* existente no *common law*, a evidência, não se identifica com o sentido do conceito da expressão legal do *civil law*, haja vista que lá significa mais do que a simples ideia de lei ou seja representa o direito propriamente dito na sua mais ampla compreensão e aqui somente legal representa aquilo que a lei expressamente disciplina.

Desta forma, a boa compreensão reclama seja adequada a importação, aos efeitos de que esta venha a ser efetivamente compreendida não como o devido processo apenas disciplinado pela lei, mas, mais do que isso, represente o devido processo disposto pela ordem jurídica do Estado Constitucional Democrático.

Como a ordem jurídica nacional, embora o sistema seja positivado, é reconhecidamente constituída por outras fontes além da lei, vez que também a jurisprudência, o costume, e outras referências compõem a ordem jurídica, não há como emprestar interpretação restritiva à expressão legal constante da cláusula do devido processo.

Assim, considerando que nossa ordem jurídica é constituída por uma série de fontes, presentes com maior ou menor intensidade no sistema, embora a lei seja a fonte preferencial, a realidade é que nosso sistema é de formatação complexa. E por assim ser, no contexto deste identificam-se regras e princípios. Sendo aquelas expressas e estes expressos e, por vezes, implícitos.

O devido processo brasileiro, portanto, é representado pelo conjunto da ordem jurídica, esteja esta disposta expressamente ou

representada por primados implícitos.⁸

A Constituição Federal, como sabido, é de textura aberta⁹. E, por assim ser é que exatamente contempla princípios implícitos tais quais os expressos e o conjunto compõe o devido processo assegurado ao cidadão.

Dessa forma, a ideia de devido processo no Brasil, vai para muito além da compreensão estrita de devido processo como aquele que se encontra expressamente disciplinado na lei. O devido processo brasileiro, tal qual seu antecedente inspirador, consagra a ideia primordial do respeito aos direitos assegurados pela Constituição Federal, daí a nosso ver, ser mais adequado designá-lo de *devido processo constitucional* (5º, LIV, CF).

Nessa medida, no plano processual, não é difícil apontar para a existência de um direito constitucional-processual fundamental ou como preferem MARINONI e MITIDIERO *Direitos Fundamentais Processuais*¹⁰, de onde partem as luzes necessárias para interpretar as regras dos sistemas processuais especializados, bem como os princípios infraconstitucionais próprios dos variados microssistemas processuais vigentes.

Exemplo eloquente do direito processual fundamental encontra-se, justamente, na cláusula do *devido processo legal* que, em realidade, contempla o conjunto das garantias de índole processual oferecidas pela Constituição Federal.¹¹ É, pois, garantia constitucional mor e dela todas as demais são derivadas. Há, até mesmo, qualificada manifestação doutrinária aduzindo que a Constituição Federal sequer necessitaria ter enumerado outras garantias ao expressá-la.¹²

8 HUMBERTO ÁVILA sustenta ainda a existência de postulados normativos. Sobre o tema, v., com proveito, *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios*. 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

9 Art. 5º, § 2º, Da CF.

10 In *Curso de Direito Constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: RT, 2012.

11 Em linha similar, ÁVILA, Humberto *O que é “Devido Processo Legal”?* Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v 163 p. 50/59, itens 2.2.3 e 2.2.4.

12 NERY JUNIOR, Nelson. In *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 37.

Com efeito, a garantia do devido processo legal desfruta de um largo alcance e sua compreensão vai para muito além do que possa parecer sua designação constitucional.

Na realidade a garantia do devido processo legal deve ser lida como garantia do cumprimento da ordem jurídica inerente ao Estado Constitucional Democrático. Tem, como sabido, origem conhecida e, no direito brasileiro, no plano processual, representa a asseguuração do exercício judicial de todas as garantias constitucional-processuais reconhecidas pela ordem jurídica.

Neste contexto, ao litigante se assegura o respeito às cláusulas constitucionais expressas ou implícitas e diretas ou indiretas. Para bem compreender a ideia nominada pela Constituição Federal como devido processo legal, devemos, antes de tudo, proceder à leitura desta como a garantia onde estão assegurados previamente direitos inerentes ao processo judicial do Estado Constitucional Democrático.

O *devido processo de direito*, no Brasil, *maxima venia*, tem conteúdo constitucional e, apenas por decorrência, legal. Constitucional quando se refere ao conteúdo processual da Constituição da República, ou seja, ao indispensável respeito às garantias constitucional-processuais no processo judicial; legal quando a lei processual assegura o cumprimento das garantias constitucionais através de procedimentos judiciais previamente regulados por leis infraconstitucionais.¹³ O desrespeito a um ou outro importa, só por si, em violação de garantia que pode ser nominada como a garantia ao devido processo da ordem jurídica inerente ao Estado Constitucional Democrático. Apenas com a distinção de que quando é violada a garantia há desrespeito direto à Constituição e quando é violado o procedimento onde deve se fazer valer a garantia há desrespeito indireto a esta, quer por violação ao princípio da legalidade, quer por violação a outra garantia além desta ou ainda a mais de uma garantia. Assim, p.ex., ao se negar a citação do réu (cláusula legal), em verdade se está negando o contraditório e

13 Chamado por alguns, como destaca Humberto Ávila, de devido processo legal procedimental. in *O que é "Devido Processo Legal"?* Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v 163 p. 50/59.

a ampla defesa (cláusulas constitucionais expressas), vez que aquela está, ainda que por via derivada, contida nestas.

É, portanto, o devido processo judicial da ordem jurídica instituída no Estado Constitucional Democrático a verdadeira compreensão da cláusula do devido processo legal. Representa a asseguuração do exercício de uma ampla gama de proteções oferecidas pelo Estado quando se vai ou se está em juízo, com o fito de fazer valer uma defesa efetiva ou a satisfação de direitos ameaçados ou violados.

3. O CONTEÚDO ABERTO DO DEVIDO PROCESSO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

O Brasil, embora socialmente injusto, é um Estado juridicamente civilizado. Tanto é assim que aquele que vai a juízo no sistema jurídico brasileiro – como registrado – não comparece desamparado, haja vista que o ordenamento constitucional e o NCPC em sede infraconstitucional preveem direitos de natureza democrática de perfil endoprocessual, conhecidos como garantias constitucional-processuais, em doutrina também definidos como princípios constitucionais processuais¹⁴.

Nessa medida, a Constituição da República assegurou expressamente às partes determinados direitos inerentes ao debate judicial, tais como: a publicidade dos atos processuais (5º, LIII e 93, IX), a isonomia no trato das partes (5º, *caput*), o devido processo legal (5º, LIV), a motivação das decisões judiciais (93, IX), o contraditório judicial (5º, LV e LIV), a inafastabilidade de lesão ou ameaça de direito da apreciação do Poder Judiciário e acesso à Justiça (5º, XXXV), proibição da obtenção de prova por meio ilícito (5º, LVI), a segurança decorrente da coisa julgada (5º, XXXVI) e a atuação do juiz e do promotor natural (5º, LIII).

Ao lado das garantias expressas na Constituição Federal, face sua textura aberta (art. 5º, § 2º), existem outras que, embora não arroladas

14 Nery...

literalmente, decorrem da ordem jurídica vista sob o ângulo sistêmico.

Nesta condição, podem ser identificadas, p.ex., (a) o duplo grau de jurisdição¹⁵; (b) a imparcialidade¹⁶; (c) o *ne bis in idem*¹⁷; (d) processo judicial¹⁸ e (e) prova judicial¹⁹, dentre outras.

Em razão de sua natureza não expressa, justifica-se um bosquejo sobre seus conteúdos e propósitos.

Objetivamente o duplo grau configura o direito a revisão de decisão desfavorável por juízo hierarquicamente superior; a proporcionalidade impõe ao juízo, frente a eventual antinomia, o balanceamento de valores constitucionais ao fundamentar a decisão, rejeitando a demasia e a insuficiência na busca do fim; a imparcialidade, mais do que isonomia, representa o equilíbrio no tratamento processual: o *ne bis in idem* configura a garantia de que ninguém pode ser processado mais de uma vez sobre o mesmo fato, ou seja, ainda que certa demanda seja incapaz de atingir o estado de coisa julgada material, mesmo assim, não pode ser repetida, pois já julgada²⁰, portanto cumprido o dever

15 Decorre da organização judiciária constitucional.

16 Decorre na natureza da atividade jurisdicional insculpida na Constituição. MAURO CAPPELLETTI inclui expressamente a imparcialidade como garantia constitucional do processo em seu consagrado ensaio intitulado *Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas*. In MARINONI, Luiz Guilherme (Organizador). *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994. p.13. Muito embora, no mesmo ensaio aponte a circunstância de que o processo é movido por fatores de ordem ideológica e que são falsas as premissas que atribuem ao juiz neutralidade ou passividade (p.27).

17 Decorre da proposta de estabilidade das relações jurídicas normadas por decisão jurisdicional, ou seja, é cláusula implícita ao princípio da segurança jurídica consagrado pela Carta Magna.

18 Decorre de outras garantias constitucionais expressas, tais como acesso à justiça e a própria garantia do devido processo legal, pois a forma legítima de resolução dos conflitos no Estado democrático de direito é exatamente o processo judicial, eis que vedada a auto-tutela, salvo exceções, na sociedade politicamente organizada.

19 Quando a Constituição Federal aponta que no processo não serão admitidas as provas obtidas por meio ilícito, por via indireta está a afirmar que as provas obtidas por meio lícito serão admissíveis.

20 A garantia do *ne bis in idem* não se confunde e não deve ser confundida com a idéia de coisa julgada, pois existem demandas que, embora julgadas modo definitivo, não atingem o estado de coisa julgada material. São exemplos dessas aquelas de cognição sumária quanto à profundidade, tais como as demandas cautelares que, embora julgadas definitivamente, não são aptas a gerar uma situação jurídica nova às partes, mas apenas oferecer segurança. Por igual, em sede coletiva, a Ação Popular ou a Ação Civil Pública, julgadas improcedentes por falta de provas. É propósito da ordem jurídica evitar a repetição de demandas, portanto o sistema não admite a simples reapreciação de demanda já julgada, haja vista que o Estado já cumpriu seu dever frente aquela situação de forma definitiva, ainda que a decisão, por outras circunstâncias, não atinja o estado de coisa julgada material. Vista sobre outro enfoque, a garantia assegura ao cidadão o direito de não ver repetida demanda contra si, haja vista que ninguém

estatal de resolver o conflito de interesses e o processo judicial, com todas suas formas e desdobramentos, representa o modo civilizado de solver os litígios e a prova judicial é o direito que as partes têm de demonstrar suas alegações.

Dentre essas a garantia do duplo grau de jurisdição talvez seja uma das mais destacadas, no dia-a-dia forense, pelos operadores do direito. Todavia, bem examinada, verificar-se-á que essa, embora muito invocada, efetivamente não se encontra de forma expressa contemplada na Constituição Federal. Por tal razão, surge à diversidade de opiniões, a ponto de eminentes juristas, até mesmo, negarem a existência da garantia como integrante do sistema normativo nacional.

Com efeito, pode ser afirmado que grassa verdadeira polêmica em torno da existência ou não da garantia do duplo grau de jurisdição²¹ haja vista que essa, contrariamente a outras, como já dito, não se encontra expressamente contemplada em qualquer dos dispositivos da Carta Federal. Todavia, cumpre novamente advertir que o sistema normativo nacional é composto tanto por regras como princípios, os quais, escritos ou não, exigem obediência na maior escala possível diante das circunstâncias fáticas do caso em concreto.

Dessa forma, ainda que a Constituição Federal tenha se proposto a apontar princípios de direito em seu seio, tem-se que essa enumeração seja materialmente aberta²², nada impedindo a existência de outros não expressados, mas identificados no espírito do sistema normativo. Portanto, a não positivação de determinado princípio pela Constituição não tem o condão de anular a existência e eficácia daqueles que fazem parte da proposta do sistema.

pode ser processado duas vezes sobre o mesmo fato. Cumpre, pois, ao Estado oferecer paz social e segurança jurídica. (No direito alemão há cláusula expressa sobre o tema em sede criminal. Art. 103, III, GG – Lei Fundamental – Constituição da República da Alemanha).

21 Vide MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença* e LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. Garantia do Tratamento Paritário das Partes. In *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. coord. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

22 Sobre a abertura material do catálogo, consultar com largo proveito: SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 81 e ss.

Com efeito, os comandos positivados de determinada cultura jurídica jamais poderão ser integralmente vertidos para palavras, razão pela qual não será porque há, ou não, previsão expressa que uma norma deixará ou passará a integrar o sistema normativo.

Os princípios traçam as ordens do sistema, isto é: alcançar a justiça, respeitar a dignidade da pessoa humana, salvaguardar a boa-fé, vedar o enriquecimento indevido, etc. Assim, devem ser respeitados na maior escala possível, dentro das contingências verificadas no caso em concreto.

Assim, vênia deferida de entendimento diverso, não impressiona a ausência de preceito expresso contemplando como e enquanto garantia o primado do duplo grau de jurisdição, pois esse, em verdade, se constitui em princípio integrante não apenas de nossa cultura jurídica, mas, mais do que isso, de nosso ordenamento por via reflexa, já que decorre da estruturação do sistema da organização judiciária nacional posta na Constituição Federal, a qual prevê juízos ordinários e extraordinários. Os ordinários formados pelos juízos de primeiro grau e tribunais regionais e estaduais e os extraordinários pelos tribunais superiores. Aos primeiros não se impõe qualquer condição de acesso, haja vista que se atendida a voluntariedade e os pressupostos de admissibilidade, ter-se-ão as decisões de primeiro grau revistas por outro juízo hierarquicamente superior; aos segundos, de sua parte, há óbices de acesso, exatamente por não ser assegurado, desde antes, às partes, o acesso ao juízo extraordinário, senão mediante a superação de determinados obstáculos, sendo o primeiro e mais significativo àquele que exige se demonstre o interesse público em ver a questão apreciada pelos tribunais superiores, daí, pois, a criação do filtro do juízo de admissibilidade, hoje, inclusive, plasmado junto ao Supremo Tribunal Federal sob a designação de repercussão geral.

Não deve impressionar, por igual, a circunstâncias que determinadas decisões não ensejam revisão por juízo hierarquicamente superior, tal qual a decisão que nega liminar em agravo de instrumento. Como regra, não há recurso contra tal decisão do relator do

recurso. Poder-se-á argumentar que aí e em outras hipóteses encontradas aqui ou ali reside à prova da inexistência do princípio ou da garantia do duplo grau de jurisdição. Contudo, *maxima venia*, não é assim que o tema deva ser compreendido. Efetivamente, essas hipóteses apenas servem para demonstrar a ideia de que as garantias não são absolutas e que, vez por outra, em circunstâncias especiais, comportam flexibilização ou mitigação, mas jamais concluir que por tais particularidades não seja assegurado ao cidadão à possibilidade de que as decisões jurisdicionais sejam submetidas a reexame.

Nessa medida, adequado observar que leis e decisões jurisdicionais que limitam acesso ao duplo grau de jurisdição, em princípio, apontam à existência de vício de constitucionalidade e que – até mesmo – a violação de tal garantia é capaz de desafiar tanto Recurso Extraordinário (102, III, “a”, CF)²³ quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental (102, § 1º, CF), entendido o preceito fundamental como princípio constitucional.²⁴

No que diz respeito às garantias da imparcialidade, *ne bis in idem*, o processo e prova judicial, embora não gerem tantos debates em torno da existência na doutrina quanto à garantia do duplo grau de jurisdição, tudo que foi dito a respeito da inexistência de comando expresso em torno desta é aquelas aplicável, vez que, como registrado e numa única frase se pode resumir, a ausência de norma expressa não deve impressionar o melhor intérprete, mormente em sistema cuja à Carta Magna é de textura reconhecidamente aberta como a nossa. Ou será que poderia se dispensar o juízo de estabelecer balanceamento de valores, no momento em que se depara com antinomias; será, igualmente, que se poderia aceitar um juiz parcial;

23 Muito embora o artigo 102, inciso III, da Carta Federal, em suas alíneas faça expressa referência às hipóteses de cabimento do apelo extremo, não nos parece desarrazoado encontrar na alínea “a” fundamento à pretensão recursal extraordinária, pois contrariar princípio inerente à Constituição representa muito mais que contrariar um simples dispositivo desta. Assim, se o menos enseja recurso, por evidente que o mais também deverá ensiná-lo.

24 BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. IV, t. III. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 237. Sendo o duplo grau princípio constitucional-processual, razoável suscitar a possibilidade de que seu desrespeito é capaz, também, de ensejar arguição de descumprimento de preceito fundamental.

será que é possível repetir demandas, ainda que não atinjam o estado de coisa julgada material, indefinidamente, frente aos propósitos constitucionais do devido processo da ordem jurídica, chamado pela Constituição de devido processo legal e, finalmente, será, possível na sociedade politicamente organizada do Estado Constitucional Democrático, a resolução de conflitos via autotutela²⁵, ou seja, sem a intervenção do Estado como e enquanto terceiro imparcial e, portanto, independentemente de processo judicial?

Evidentemente que é dever do juízo fazer balanceamento de valores quando há enfrentamento entre garantias, bem assim é ônus assegurar a imparcialidade, evitar a repetição de demandas idênticas, independentemente da existência ou não de coisa julgada material, bem como a forma civilizada de solver conflitos é o processo judicial, daí, pois, a proporcionalidade, a imparcialidade, o *ne bis in idem* e a existência de processo judicial como subprincípios da cláusula geral do devido processo do Estado Constitucional Democrático, são garantias constitucional-processuais e sua violação configura inconstitucionalidade flagrante, muito embora cláusulas não expressas em dispositivos da Constituição Federal. Decorrem, em verdade, da compreensão sistêmica da ordem jurídica constitucional.

Assim, pois, ainda que implícitas, são garantias inerentes ao processo judicial democrático e que estão presentes, em maior ou menor escala, em vários ordenamentos das civilizações democráticas²⁶. A obediência a tais comandos democráticos, em última análise, visa precipuamente garantir um processo judicial livre do arbítrio e capaz de alcançar os fins colimados pelo Estado, através da jurisdição.

4. CONCLUSÃO

O NCPC, como já destacado, atento a essa verdadeira constitucionalização expressa do direito processual tratou de no

25 Ressalve-se aqui, com evidência, as hipóteses excepcionalmente autorizadas por lei, tais quai, p.ex., a defesa da posse e a legítima defesa da vida.

26 Nesse sentido, consultar com proveito, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, edited by MAURO CAPPELLETTI and DENIS TALLON, Giuffrè, 1973.

Capítulo I, Título Único, Livro I, da Parte Geral, disciplinar as normas fundamentais do processo civil e que em derradeira análise representam – exatamente – a proposta constitucional para regência do debate judiciário, através do respeito absoluto ao devido processo do Estado Constitucional Democrático.

Cumpr, agora, apresentar uma derradeira conclusão. Essa leva por suporte a adequada compreensão dos artigos 5º, § 2º, da Constituição Federal e 1º, do NCPC.

Assim, considerando que a Constituição Federal é de textura material aberta na definição de garantias processuais e sendo o conteúdo do devido processo a soma das garantias reconhecidas – sejam estas expressas ou implícitas – também o conteúdo do devido processo constitucional se revela materialmente aberto e dinâmico, vez que capaz de abrigar todas as garantias já conhecidas e aquelas que ainda vierem a ser reconhecidas como integrantes do sistema processual da Constituição Federal. Incorporado, agora, expressa e definitivamente, ao processo civil contemporâneo, face ao teor do artigo primeiro do novo código.

DA LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA E A RENOVAÇÃO COMPULSÓRIA DE CONTRATO DE LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL COM AJUSTE DE VALOR DE ALUGUEL

Sílvio de Salvo Venosa¹

Cláudia Rodrigues²

SUMÁRIO: 1. Da locação de imóveis. 2. Características do contrato de locação de imóveis. 3. Elementos do contrato de locação de imóveis. 4. Função social do contrato e da empresa. 5. Da ação renovatória. 6. Da admissibilidade da ação renovatória de locação com pedido de ajustamento do aluguel. 7. Infração contratual de natureza leve ou levíssima não impede a renovação. Exame da casuística. 8. Critério seguro para a fixação do aluguel provisório, em decorrência do vencimento do contrato de locação no curso da renovatória. 9. Critério seguro para a fixação do aluguel provisório, em decorrência do vencimento do contrato de locação no curso da renovatória. 10. Da presunção e exame da sinceridade no pedido de retomada para uso próprio pelo locador

1. DA LOCAÇÃO DE IMÓVEIS

A locação de imóveis constitui um dos temas mais importantes do direito contemporâneo. Como a questão relaciona-se intimamente com a moradia, a propriedade e o trabalho, sua regulamentação jurídica apresenta as mesmas vicissitudes desses três grandes problemas da sociedade atual. Como corolário das pressões sociais, o legislador deste contemporâneo, mormente após a Segunda Grande Guerra, tendeu proeminentemente a proteger o locatário, em detrimento do direito da propriedade. Conclusão sumária se faz no sentido de que a grande população, em princípio, não tem acesso à propriedade da moradia própria.

No entanto, a experiência das pretéritas leis do inquilinato demonstrou que a exagerada proteção ao inquilino, a médio e longo

¹ Advogado e consultor jurídico.

² Advogada. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

prazo, provoca efeito contrário. Isto é, tão acossado se vê o proprietário de imóvel ou o detentor de certo capital, que foge do mercado imobiliário, não adquire nem constrói imóveis para locação. Assim sendo, diminuem os imóveis disponíveis e como consequência inevitável da lei econômica, com excesso de procura e pouca oferta, disparam os preços das locações. Ficam apenas na memória dos que mais viveram as “vilas” construídas nas grandes cidades do país por capitalistas, conjunto de casas dirigidas a classes menos favorecidas ou até mesmo à classe média, exclusivamente para locação. Se a iniciativa particular se viu inibida de ofertar moradias à locação, o poder público se viu assoberbado na tarefa de construir a casa própria, ingressando em irremediável fracasso que só mais recentemente foi remediado, embora nunca resolvido a contento.

Por tudo isso se vê que a turbulência no setor de locações é fator de absoluta inquietação social. A isto se aliam os processos econômicos complexos por que passamos continuamente, assim como o êxodo rural que mais vem afligir os centros urbanos.

Havia, pois, necessidade de permanente atenção legislativa, a qual, sem descurar da proteção do inquilino, também proteja e incentive o pequeno, médio ou grande proprietário a colocar no mercado novas construções aptas para a locação residencial e não residencial. A experiência da época de vigência da Lei nº 6.649, a exemplo de leis anteriores, mais exacerbou o antagonismo entre locador e locatário, os quais, salvo raras exceções, se digladiaram em guerra não declarada, quando não guerra aberta, como demonstraram os milhares de processos que abarrotaram os tribunais.

Os arrendamentos rurais, não alcançados por esta lei, também sofrem na legislação específicas restrições movidas por necessidades sociais, colocando em paralelo os senhores da terra e os trabalhadores rurais.

Por tais razões os tempos atuais colocam sob novas vestes o contrato de locação de imóveis, transformando-o num direito social, a exemplo do que ocorre com o contrato de trabalho.

A atual lei no. 8.245/1991 regula a locação de imóvel urbano. A tendência é de ser considerado urbano o imóvel de acordo com sua destinação e não conforme sua localização. O critério vazado em fixação de zona urbana e zona rural em cada município pode dar margem a desajustes. A legislação protetiva é sem dúvida alguma teleológica e fundamentalmente procura proteger a moradia e na mesma lei o imóvel com finalidade não residencial. Assim, deve ser considerado como prédio urbano aquele que embora situado em zona rural destina-se à habitação ou ao comércio. Locação de estabelecimento industrial, ainda que localizado em área rural, não se submete à legislação agrária, mas, sim, à comum, ou ainda, servindo o imóvel rural como moradia, é imperativa a aplicação da Lei nº 8.245/91.

Prédio, na acepção jurídica, pode ser edificado ou não edificado. Um terreno locado pode ser regulado pela lei se tiver finalidade comercial ou industrial. O caso concreto dirá se a locação do terreno foi para fins residenciais.

Dentro do comando da lei há que se ter também reguladas por ela as locações não só de casas, armazéns e apartamentos, como também terrenos, galpões, boxes de mercados e qualquer outro tipo de locação que se preste ao comércio ou à indústria. A utilização do imóvel para moradia se afigura mais restrita.

2. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS

O contrato de locação em geral é bilateral, oneroso, comutativo, típico, geralmente consensual, não formal e de trato sucessivo.

É *bilateral* porque dele se originam obrigações para ambas as partes. O contrato bilateral se antepõe ao unilateral, aquele que em sua formação só gera obrigações para uma das partes, como ocorre na doação. O donatário não tem obrigações. Já na locação, desde a origem do trato, existem obrigações para locador e locatário.

No contrato bilateral, portanto, existe a característica do

sinalagma, ou seja, a dependência recíproca de obrigações. Daí por que muitos preferem chamá-los de *contratos sinalagmáticos*. O contrato de locação é bilateral por sua própria natureza, não podendo a vontade das partes alterar essa característica.

Decorrem importantes efeitos dessa bilateralidade. De acordo com o art. 392 do Código Civil, que trata das consequências da inexecução das obrigações, *nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante a quem o contrato aproveite, e por dolo, aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei*. Lembre-se de que quando a lei civil menciona apenas o termo “culpa” se refere ao conteúdo integral do art. 186 do Código Civil, abrangendo tanto a intenção de ocasionar um dano, bem como a negligência, imprudência e imperícia.

As obrigações correspectivas nos contratos bilaterais aparecem de forma cristalina no art. 476 do Código Civil: “*Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.*” Trata-se do tradicional princípio da *exceptio non adimpleti contractus*, que não é de origem romana, mas posterior.

Destarte, na locação ambos os contratantes têm direitos e deveres. O fato de, eventualmente, em um contrato bilateral, um volume maior de deveres estar carregado a uma das partes não retira sua natureza sinalagmática. Há, pois, entre locador e locatário, como especifica esta lei e já o fazia o Código Civil, uma interdependência de deveres que se percebe claramente. A *exceptio*, exceção de contrato não cumprido, tem, pois, aplicabilidade na locação.

Não se admite nos contratos unilaterais porque neles todo o peso do contrato onera só uma das partes. Esta nada tem a exigir da outra.

Por meio da *exceptio* permite a lei que o contratante, locador ou locatário, suste sua obrigação no cumprimento da avença até que o outro contratante perfaça a sua. Essa “exceção” é uma forma de defesa, dentro do princípio romano. O contratante opõe essa exceção como uma forma de se defender contra o outro contratante inadimplente.

Com essa oposição, o contratante logra opor um obstáculo legal à exigência de sua obrigação contra o não cumprimento da outra parte. Pressupõe-se, por outro lado, que o contratante em falta esteja a exigir indevidamente o cumprimento do contrato. Esse é justamente o âmago da questão a ser examinada pelo juiz em cada caso concreto. Se o contratante está em dia com o cumprimento das suas obrigações, pode validamente exigir que o outro cumpra a avença no que lhe couber. Não poderá fazê-lo em caso contrário. Assim, o locatário pode validamente sustar o pagamento do aluguel se o locador não lhe faculta o pleno uso da coisa locada, por exemplo.

Note-se que esse meio de defesa só pode ser validamente oposto se as prestações são simultaneamente exigíveis. Uma prestação futura, ainda não exercitável nem exigível dentro do contrato, não pode servir de base de defesa, isto é, de paralisação de cumprimento do contrato pela parte cuja obrigação já é vencida e exigível. Desse modo, só é possível opor essa exceção quando a lei ou o contrato não dispuser a quem cabe cumprir primeiramente a obrigação. Nessa hipótese a lei abre exceção na segunda parte do art. 477: *Se depois de concluído o contrato sobrevier a uma das partes contratantes diminuição do patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la*. Trata-se de mais uma aplicação do princípio da boa-fé que deve nortear os contratos.

A “exceção de contrato não cumprido”, portanto, repousa no justo equilíbrio das partes no cumprimento do contrato.

Ao princípio dessa exceção se acrescenta a exceção *non rite adimpleti contractus*. Enquanto a exceção de contrato não cumprido tem como pressuposto o descumprimento da avença pela outra parte, uma inexecução completa, a *non rite*, se funda em um descumprimento parcial, incompleto ou defeituoso do negócio. Tanto numa como noutra se emprega o princípio geral, pois as consequências são as mesmas, porque uma obrigação só ter-se-á por cumprida no tempo, forma e local contratados. No caso de solução parcial do contrato ou

de descumprimento recíproco, caberá ao juiz, no caso concreto, fixar as responsabilidades, examinando a conduta e consequentemente a culpa dos contratantes.

Dentro do conceito da lei do inquilinato, não deve ser admitida cláusula contratual que iniba a parte de se utilizar do art. 476 do Código Civil, a chamada cláusula *solve et repete*... No âmbito dos direitos do locatário, essa cláusula não pode ser admitida. Da mesma forma, o Código de Defesa do Consumidor considera nulas cláusulas abusivas (art. 51, IV). Vê-se que não pode ser excluída a garantia da exceção de contrato não cumprido dentro do amplo alcance da lei de defesa do consumidor. A cláusula *solve et repete* fica livre apenas para os contratos paritários, amplamente discutidos em conteúdo e tratativas, fora do espírito da legislação do inquilinato.

É *oneroso* porque há reciprocidade de direitos e deveres para ambos os contratantes. Não existe locação gratuita. O contrato gratuito de cessão temporária de um bem é o comodato, empréstimo de coisas não fungíveis. No contrato de locação a carga contratual está repartida entre as partes, embora nem sempre em igual nível. A onerosidade se identifica primordialmente pela contraprestação que se segue à prestação, pela vantagem que decorre de um sacrifício do contratante. Existe muita aproximação desta classificação, contratos gratuitos e onerosos, com aquela dos contratos unilaterais e bilaterais. De fato, todo contrato bilateral é oneroso, porque as responsabilidades do negócio se distribuem pelos contraentes. No entanto, existem contratos unilaterais onerosos, como acontece com o empréstimo de dinheiro (mútuo feneratício), por exemplo, no qual se convencionou o pagamento de juros. Os contratos gratuitos recebem benefícios da lei em matéria interpretativa (art. 114 do Código Civil).

O contrato de locação é *comutativo* porque as prestações das partes contratantes são de plano conhecidas. O contrato comutativo se contrapõe ao contrato aleatório, no qual ao menos uma das prestações fica sujeita à álea, sorte, sendo desconhecido *a priori* seu conteúdo. Trata-se aqui de uma subdivisão da categoria de contratos

onerosos. É comutativo o contrato quando os contraentes conhecem *ex radice* suas respectivas prestações. Nos contratos comutativos as partes têm, de plano, conhecimento do que têm a dar e a receber.

O contrato de locação é típico porque é forma contratual plenamente disciplinada em lei.

O contrato de locação, na origem de seu conceito, é *consensual* porque se perfaz pelo simples consentimento das partes, seja ele formal ou não. Porém, no contrato de locação de imóveis, dentro desta lei, certos efeitos só podem ser alcançados mediante contrato escrito. Contrapõe-se ao contrato real que só se aperfeiçoa com a entrega da coisa, como no depósito, por exemplo. No contrato dito real o mero consentimento das partes, o acordo de vontades, é insuficiente para se ter o contrato como aperfeiçoado. Apesar de parte da doutrina tachar modernamente de supérflua essa distinção, ela é importante para determinar o exato momento da formação do contrato.

Não dependendo o contrato de locação de forma preestabelecida, é contrato *não formal*, embora alguns efeitos só sejam alcançados se houver forma escrita.

É contrato de *trato sucessivo* porque deve se protrair no tempo. A coisa dada em locação o é por certo tempo. O locatário contrata para se utilizar do bem por certo período. Não se compraz com a locação o trato imediato. Pode ser por prazo determinado ou indeterminado, mas sempre a prazo. A locação é incompatível com a execução instantânea, quando as partes cumprem seus direitos e obrigações no mesmo momento do contrato. O contrato de locação é de execução sucessiva porque as relações das partes se desenvolvem por período mais ou menos longo devido à própria natureza da avença. Em todos os contratos de trato sucessivo se situa o campo de aplicação da teoria da imprevisão. É no decurso de tempo de cumprimento do contrato que as condições originárias podem ser alteradas de molde a influir jurídica e justificadamente no cumprimento de suas cláusulas.

Daí então o grande interesse prático dessa classificação. Também é importante a distinção porque nos contratos instantâneos

a resolução por inexecução deve recolocar as partes no estado anterior, enquanto nos contratos de duração os efeitos já produzidos não devem ser atingidos pela resolução. Sob esse mesmo aspecto, nos contratos de duração o prazo prescritivo começa a correr da data em que cada prestação é exigível.

O contrato de locação de imóveis pode estabelecer *prazo determinado ou prazo indeterminado*, transformando-se em prazo indeterminado se findo o prazo contratual, na forma do art. 46, § 1º, na locação residencial, como veremos. Consequência importante da distinção diz respeito à necessidade de se dar notícia à outra parte da intenção do contratante em terminar a vigência da avença nos contratos por prazo indeterminado. A denúncia da locação é disposta na lei, sendo questão importante a ser examinada. Nesta parte introdutória de nosso trabalho observe-se, desde já, que as partes ou a lei podem fixar uma duração mínima para o contrato, após a qual a vontade contratual se reconduz tacitamente. A prorrogação será tácita se continuam os contraentes a cumprir o contrato sem qualquer manifestação de vontade específica. Poderão prorrogar o contrato por manifestação expressa, realizando um aditamento ao contrato. Haverá uma *renovação* do contrato se na prorrogação as partes agregam novas cláusulas. Quando o contrato se mantém com as mesmas cláusulas, há *recondução* do contrato.

3. ELEMENTOS DO CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS

O contrato de locação gera obrigação de restituir, modalidade da obrigação de dar coisa certa, aplicando-se, no que couber, quanto à perda e deterioração da coisa, os arts. 238 a 240 e, quanto a acréscimos e melhoramentos, os arts. 241 e 242 do Código Civil, lembrando-se sempre de que as partes podem dispor diferentemente, pois se trata de matéria não cogente.

O objeto do contrato de locação sob exame é um imóvel urbano. A locação de um imóvel pode abranger-lhe o todo ou

somente uma parte. No silêncio do contrato a locação engloba o imóvel com seus acessórios.

Outro elemento do contrato é a remuneração, o pagamento de um aluguel. Sem ela se desfigura a tipicidade da locação. É denominada aluguel ou renda, paga geralmente (mas não necessariamente) em dinheiro, em moeda nacional. É a remuneração que distingue a locação do comodato, que é o empréstimo gratuito de coisa infungível. Quando a remuneração não é fixada em dinheiro, há necessidade de se examinar no caso concreto se a situação não é de um contrato inominado.

O preço na locação deve ser determinado ou ao menos determinável, nada impedindo que o valor seja variável de acordo com índices aceitos pela lei. O art. 17 proíbe a vinculação do aluguel a moeda estrangeira, a variação cambial ou ao salário-mínimo. Em geral, o aluguel é pago de forma periódica, mensalmente. Os índices de reajuste são contratados pelas partes de forma a não contrariar a lei. Normalmente, o legislador impõe tetos nos reajustes. Nada impede que se pague de uma só vez, ou por períodos diversos. Os aluguéis de imóveis de temporada geralmente são solvidos em um único pagamento, podendo ser exigidos antecipadamente (art. 20).

O preço distingue a locação do comodato. É a remuneração devida ao locatário pela cessão de utilização da coisa. Deve ser suficiente para caracterizar uma onerosidade. Um preço ínfimo ou irrisório descaracteriza o contrato. Não há, porém, necessidade que seja um preço *justo*. Importa examinar cada caso concreto, com suas peculiaridades.

O preço é devido ao locador durante todo o período em que a coisa esteve à disposição do locatário, ainda que não utilizada.

No silêncio do contrato, a obrigação locatícia é *questível* (art. 327 do Código Civil), devendo o locador receber o aluguel “*no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato*” (art. 23, I, da Lei do Inquilinato). Geralmente as partes convencionam outro local para o pagamento do aluguel, transformando a obrigação em *portável*.

Como ressaltado, o contrato de locação não exige forma escrita, bastando o simples consentimento, expresso ou tácito.

A manifestação de vontade, o *consentimento*, no contrato de locação é a que se exige para os contratos em geral. Não há necessidade de poderes de disposição da coisa, uma vez que a locação transfere apenas sua utilização. Por isso, mesmo quem não tem poderes para alienar pode alugar porque tal se insere nos poderes de *administração em geral*, salvo disposição em contrário. Na mesma linha pode o usufruário dar em locação o imóvel.

4. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA EMPRESA

A função social do contrato que norteia a liberdade de contratar, segundo o art. 421, está a indicar uma norma aberta ou genérica, a ser preenchida pelo julgador no caso concreto.

Quando da codificação moderna, cujo maior baluarte é o Código Civil francês de 1804, a chamada liberdade de contratar tinha um cunho essencialmente capitalista ou burguês, porque o que se buscava, afinal, era fazer com que o contrato permitisse a aquisição da propriedade. Como corolário, o princípio da obrigatoriedade dos contratos possuía o mesmo mister.

Na contemporaneidade, a autonomia da vontade clássica é substituída pela autonomia privada, sob a égide de um interesse social. Nesse sentido o Código aponta para a liberdade de contratar sob o freio da função social. Há, portanto, uma nova ordem jurídica contratual, que se afasta da teoria clássica, tendo em vista mudanças históricas tangíveis. O fenômeno do interesse social na vontade privada negocial não decorre unicamente do intervencionismo do Estado nos interesses privados, com o chamado dirigismo contratual, mas da própria modificação de conceitos históricos em torno da propriedade. No mundo contemporâneo há infindáveis interesses interpessoais que devem ser sopesados, algo nunca imaginado em passado recente, muito além dos princípios do simples contrato de adesão.

Assim, cabe ao interessado apontar e ao juiz decidir sobre a

adequação social de um contrato ou de uma ou algumas de suas cláusulas. Em determinado momento histórico do País, por exemplo, pode não atender ao interesse social o contrato de *leasing* de veículos a pessoas naturais, como já ocorreu no passado. Eis uma das importantes razões pelas quais se exigem uma sentença afinada com o momento histórico e um juiz antenado perante os fatos sociais e com os princípios interpretativos constitucionais.

A função social do contrato avalia-se, portanto, na concretude do direito. Todo esse quadro deve merecer deslinde que não coloque em risco a segurança jurídica, um dos pontos fulcrais mais delicados das denominadas cláusulas abertas. Esse será o grande desafio do aplicador do Direito deste século.

Tratando-se de contratos que envolvem empresas, o panorama não é outro. Como um organismo vivo a empresa nasce e constitui um centro de produção de bens e serviços e uma ferramenta de trabalho, sendo desse modo, uma célula do tecido econômico local, regional, nacional, razão pela qual sua sobrevivência é de interesse geral; sua proteção, aos olhos do legislador, é de ordem pública econômica e social.

A empresa hoje não se restringe aos interesses privados do empresário e dos credores, pois serve também aos interesses da sociedade, ou seja, tem uma função social.

A preservação do ente coletivo assegura o equilíbrio no campo econômico-social porquanto é instrumento de efetiva circulação de riquezas, gerando empregos, tributos e circulação ou produção de bens ou serviços, constituindo-se num centro de propulsão do progresso. Por isso, em qualquer relação jurídica da qual participe, deve-se levar em consideração todos os reflexos, principalmente no tocante à geração de empregos, que pode advir tanto de seu êxito, como de seu insucesso.

5. DA AÇÃO RENOVATÓRIA

A ação renovatória surgiu como uma forma de se tutelar o fundo de comércio, cuja compreensão atual amplia sobremaneira o

conteúdo mercantil primitivo. Essa universalidade que compreende bens materiais e imateriais como clientela, aviamentos, renome, etc.

O direito à renovação surgiu com a Lei de Luvas. De há muito, portanto, está presente no espírito de nossa sociedade, em especial dos locadores e locatários não residenciais, a restrição à plena liberdade de contratar nessa modalidade de locações. Sob determinadas condições e dentro dos requisitos legais, o locatário mercantil ou assemelhado tem o direito de renovar seu contrato de locação. O direito a renovação é norma cogente, por expressa referência do art. 45, não estando à disposição das partes.

A ação renovatória exige que o contrato renovando tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; que o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos, e que o locatário esteja explorando seu comércio no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos. Na inicial já devem vir esses elementos. Como toda petição inicial, ademais, deve ela preencher os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil. Lembre-se, a propósito, de que o valor da causa corresponderá a doze meses de aluguel, por força do art. 58, III, desta lei. Há que se entender que esse valor deva ser apurado com base nos aluguéis pretendidos, estampados na proposta inicial, embora isto não esteja expresso na lei. Há entendimento de que o valor da causa terá por base os aluguéis vigentes (RT 705/61). Assenta-se o valor da causa no pedido formulado.

Deve sempre ser levado em consideração que o direito à ação renovatória não estabelece um regime locativo. Os princípios da ação visam apenas assegurar ao locatário o direito de pleitear a renovação do contrato, desde que satisfeitos os requisitos legais. Se o inquilino deixa de se valer dessa proteção, o vínculo locativo passa a reger-se pelo sistema estabelecido na lei para as locações não residenciais em geral (arts. 55 e 56). Nesse sentido: RT 700/997, sendo inadmissível indenização pelo fundo de comércio.

Por outro lado, embora exista entendimento no sentido de que

as partes podem escolher livremente o regime jurídico a que submetem sua locação com referência ao Decreto nº 24.150/34 (JTACSP 74/307, 76/320, 78/226, 80/211, 84/306; em sentido contrário, 90/366, 93/266, 104/205, 108/451), perante a redação do art. 45 da lei inquilinária é nula qualquer cláusula contratual que afaste o direito de renovação aqui descrito (RT 705/151).

A prova do exato cumprimento do contrato nem sempre dependerá de evidência exclusivamente documental. Se o réu denunciar algum tópico descumprido da avença, surgirá oportunidade de prová-lo no curso da instrução. É o que ocorre, por exemplo, quando o locador alega que o prédio foi deteriorado além do uso normal tolerado. Lembre-se que a deterioração do imóvel se torna mais grave se se trata de fundo de comércio criado pelo próprio locador, pois a má conservação poderá arruinar o comércio.

Com a inicial deve o locatário juntar comprovantes de pagamento dos impostos e taxas a seu cargo. Incluem-se as despesas de condomínio que competem ao locatário. O pagamento do seguro, estampado no contrato, insere-se numa das obrigações contratuais.

Requisito fundamental da petição inicial é a *indicação clara e precisa das condições oferecidas para a renovação da locação*. Deve o inquilino apresentar proposta idônea. Exerce mal o seu direito e postula mal quem faz proposta irrisória e fora da realidade do mercado para a nova locação. A proposta de renovação pode vir no bojo da petição, ou em documento à parte. Conveniente que o próprio locatário a assine, se não conferiu ao advogado poderes específicos para tal. A proposta de renovação não se amolda ao âmbito do mandato *ad judicium*.

A indicação do fiador, se for substituído, deve ser detalhada, em exigência que já constava da Lei de Luvas. Deve vir com a inicial documento idôneo do fiador, responsabilizando-se pelo contrato, com autorização do cônjuge se for o caso, para não tornar a garantia nula.

A contestação é apresentada na forma e no prazo do Código de Processo Civil, do procedimento comum. No seu conteúdo se

mantém a mesma orientação consagrada pela Lei de Luvas. A defesa é concentrada. Incumbe ao réu que faça todas as alegações que couberem e que tiver, questões de processo e de direito material.

O locador que pretenda retomar o prédio não fica isento de contestar a proposta de aluguel, tendo em vista a concentração da defesa e a possibilidade de improcedência de sua pretensão. Se não impugnar a proposta oferecida, corre o risco de ver acolhida a pretensão renovatória tal como posta pelo locatário. As questões de fato da contestação restringem-se àquelas do artigo que dizem respeito ao próprio direito da renovação. As questões de direito material e processual são de livre alegação.

6. DA ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RENOVATÓRIA DE LOCAÇÃO COM PEDIDO DE AJUSTAMENTO DO ALUGUEL

É importante ressaltar que a ação renovatória de locação proveniente da festejada Lei de Luvas, consiste em um direito processual potestativo, no qual corresponde ao poder outorgado pela lei a certas pessoas que se situam subjetivamente em determinada situação locatícia, isto é, uma das partes encontra-se em estado de sujeição para o efetivo exercício desse direito – neste caso, o locatário ao propor uma ação de renovação de contrato exerce seu direito potestativo. Essa ação também pode ser manejada pelo locador, algo que nem sempre é lembrado.

O direito de propor ação renovatória de locação, privativa dos imóveis com fundo de comércio, é de extrema importância para o locatário, pois o protege em prol do esforço de sua atividade comercial, e que muitas vezes graças ao prazo de exercício, acaba por adquirir um aspecto tradicional no chamado fundo de comércio. Ao estabelecer o direito de renovação compulsória da locação em benefício da empresa ou entidade assemelhada, o legislador levou em consideração a estabilidade das relações econômicas ou, como observa Elena Bruno e Valeria Vasapollo, *“il legislatore há ritenuti di dover considerare in*

modo particolare l'interesse del conduttore, quase sempre di contenuto economico, garantendogli una accentuata stabilità della sistemazione nell'immobile preso in locazione per la propria attività: il legislatore, quindi, há privilegiato, quale elemento caratterizzante la tipologia locatizia, l'attività che si svolge nell'immobile” (Codice delle locazioni. Milano : CEDAM, 2012, p. 455. Tradução livre: “o legislador considerou de modo particular o interesse econômico do locador na exploração da atividade, garantindo-lhe uma acentuada estabilidade no alojamento da atividade: o legislador privilegiou, assim, o elemento caracterizador da atividade que se explora no imóvel”)

Assim, o direito a ação renovatória vem imbuído de inelutável intuito de evitar o enriquecimento injustificado do locador, que pode se locupletar com o ponto construído pelo locatário. Nesse sentido, dentre os vários aspectos que se reveste o chamado *“good will”* dessas entidades, o ponto comercial, ora melhor denominado de empresarial, assume relevante valor na exploração da atividade econômica, porquanto é o direito ao local em que se situa o estabelecimento, com clientela, aviamentos, marketing, nome comercial etc. A relevância do ponto empresarial está nos efeitos que produz em relação à empresa. Os dois principais efeitos são de agregar ao estabelecimento um valor de localização e o de proteção locatícia decorrente da prerrogativa de exercício da renovação compulsória da locação, conforme referido.

Essa prerrogativa legal processual amparada na tutela da exploração da atividade econômica pelo empresário, sob determinados requisitos descritos em lei reflete em todos os âmbitos da relação contratual locatícia, inclusive, primordialmente no valor do aluguel. Isso porque se trata de uma renovação do contrato e, portanto, passível de exame em todo o seu conteúdo. E o aluguel é uma das vertentes basilares do contrato de locação, porque se trata da retribuição pelo uso do bem imóvel.

O tempo e as nuances do cenário econômico de um país são fatores que influenciam diretamente no equilíbrio das retribuições pecuniárias nos contratos em geral e, tratando-se especificamente da

locação, no aluguel. Tanto um fenômeno inflacionário pode atingir frontalmente e quase exclusivamente o locador, como o desajuste do preço de mercado na locação do imóvel pode vir também em prejuízo do locatário. Nesse sentido e seguindo um dos princípios basilares do direito contratual, o do equilíbrio contratual, não há nenhum impeditivo ao ingresso de ação renovatória onde o valor do aluguel ofertado na proposta seja inferior ao pago durante o contrato que se quer renovar. São vários os exemplos nos quais o valor locatício deve diminuir por ordem da própria economia, por alteração das condições sociais onde está localizado o imóvel, por dificuldades de acesso criadas na comuna em razão do trânsito etc. Assim, se a inflação e situações econômicas podem autorizar majoração de aluguel, também podem fazê-lo para gerar sua diminuição.

Comentando a oferta de aluguel na ação renovatória, Carlyle Popp observa que “*nada obsta, que a oferta seja inferior, levando-se em conta condições objetivas da coisa*” (Comentários à nova lei do inquilinato. 4ª. ed. Curitiba: Juruá, 1996, p. 383).

Ou seja, não há qualquer dúvida ser admissível pleitear-se na renovatória o ajuste do novo aluguel em valor inferior ao do contrato em curso e objeto da renovação. Inclusive, de se observar que a lei não traz nenhuma proibição nesse sentido, exatamente para que o equilíbrio do contrato seja mantido, mais ainda sob o Código Civil atual, sob o pálio da função social dos contratos.

7. INFRAÇÃO CONTRATUAL DE NATUREZA LEVE OU LEVÍSSIMA NÃO IMPEDE A RENOVAÇÃO. EXAME DA CASUÍSTICA

Essa questão refere-se ao aspecto do cumprimento do contrato ou, como quer o legislador, da *prova do exato cumprimento do contrato em curso* (inc. II, art. 71). A prova do exato cumprimento do contrato nem sempre dependerá de prova exclusivamente documental. Se o réu denunciar algum tópico descumprido da avença, surgirá oportunidade de prová-lo no curso da instrução.

Examina-se o cumprimento do contrato à luz de sua finalidade e suas cláusulas. Tratando-se de infração contratual de natureza leve ou levíssima que não causa prejuízo ao locador, não há impedimento à renovação do contrato de locação (2º TACSP, Ap. c/ Rev. 227.814 – 4ª Câmara, Rel. Juiz Aldo Magalhães, 13-12-88). A gravidade da infração contratual dependerá do caso concreto, do exame à luz das finalidades da ação renovatória e da proteção que ela busca. Na nova lei, não se discute mais sobre o direito do locatário em purgar a mora, mesmo estando sob a égide da ação renovatória.

Em tese, a purgação de mora em ação de despejo por falta de pagamento é exercício de um direito, mas tipifica cumprimento contratual defeituoso, que pode impedir a renovação. Contudo, a jurisprudência tem entendido não obstar a renovação a singela impontualidade do locatário. Dificuldade momentânea do locatário, pagando alguns aluguéis em atraso, não é de molde a elidir a renovação. Seria de muito rigor impedir-se a renovação contratual por pequenas falhas nos pagamentos cuja purgação é admitida (JTACSP 114/306). O atraso sistemático e a sistemática purgação de mora, aí sim, denotarão descumprimento do contrato. Pecadilhos não podem ser erigidos em pecados contratuais, sob pena de fazer letra morta o espírito da Lei de Luvas. Assim se colocam de há muito a doutrina e a jurisprudência pátrias.

9. CRITÉRIO SEGURO PARA A FIXAÇÃO DO ALUGUEL PROVISÓRIO, EM DECORRÊNCIA DO VENCIMENTO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO NO CURSO DA RENOVAÇÃO

A ação renovatória tem por escopo, como já afirmado, fundamentalmente, manter os locatários de espaços comerciais no imóvel, resguardando, desta forma, seu fundo de comércio, bem como mantendo a clientela e o respeito comercial conquistado.

Assim, com o fim de manter o equilíbrio contratual e adequar o valor locatício ao valor de mercado, ao propor a ação renovatória,

pode o locatário requerer a fixação de aluguel provisório, o qual vigorará a partir do término do contrato renovando, da mesma maneira que é facultado ao locador fazê-lo em sede de contestação.

Nesta esteira, o pedido de fixação do aluguel provisório tem o intuito de impedir que uma situação heterogênea perdure, isto é, que o locatário suporte um aluguel em valor incompatível com o valor de mercado, mesma finalidade buscada quando tal requerimento parte do locador. Importante observar que nossa legislação, em momento algum, impede que o locatário requeira a fixação do aluguel provisório em sede de ação renovatória. Na verdade, a lei foi omissa no que tange ao pedido de aluguel provisório por parte do locatário; porém, repita-se a mesma legislação não vetou tal pedido.

O objetivo do contrato é manter a igualdade de condições, o justo e devido pelas partes, sem prejudicar nenhuma delas, o que não ocorre se o aluguel provisório for apenas uma faculdade do locador. Ao deferir o pedido de fixação de aluguel provisório, o julgador verificará a situação contratual entre as partes, se com vantagem injusta para uma ou para outra parte, corrigindo, acertadamente, a relação. O que se busca, em verdade, não é a utilização do aluguel provisório para redução do valor locatício enquanto perdurar a demanda renovatória. A real finalidade de tal pedido é adequar o valor do aluguel ao praticado no mercado de locações similares ou análogas, durante o trâmite da demanda.

De fato, em grande parte das ações renovatórias, o valor do aluguel pleiteado como provisório acaba sendo menor que o praticado pelo locador. Porém, tal situação não configura eventual abuso por parte do locatário, ou falta de observância à desvalorização da moeda. O que o magistrado deve levar em conta para a fixação do provisório não é a inflação acumulada ou o valor refletido pelos índices, mas sim a real situação pela qual atravessa o mercado imobiliário.

Uma forma de chegar ao justo preço do aluguel é pesquisar o valor cobrado por imóveis similares. O método comparativo, que leva em conta o valor de locações existentes nas imediações, cujos imóveis

devem guardar certa similitude com aquele objeto da demanda, segundo entendemos, deve prevalecer porquanto leva em consideração situações reais do contexto econômico local. Esse vetor, aliado a boa técnica de Engenharia de Avaliação, confere segurança ao juiz para a árdua tarefa de fixar os provisórios.

Avaliações de imobiliárias, geralmente fonte de referência para sustentar os pedidos, não têm o condão de excluir o trabalho técnico especializado, que deve prevalecer. Sabe-se que, infelizmente, muitos pedidos insinceros valem-se dessa prerrogativa para manipular o valor de avaliação, o que confere um certo “descrédito” a esse método.

Importante observar que não se deve levar em consideração o valor pedido para os imóveis que estão há muito tempo para alugar, isso porque, muitas vezes, a dificuldade para encontrar um inquilino é justamente o preço, que não corresponde à realidade.

Em suma, em total consonância com o princípio da igualdade das partes, pode o autor de ação renovatória deduzir pedido de arbitramento de aluguel provisório, tendo em vista a necessidade de adequação do valor locativo ao valor de mercado, razão pela qual torna-se perfeitamente válido e possível, devendo ser utilizado toda vez que o valor locativo estiver incompatível com o valor de mercado. E para tal mister, o método mais seguro ao julgador é o comparativo local elaborado de acordo com a boa técnica de engenharia. Geralmente o método comparativo é colocado em coordenação com o método de renda, o que também é uma boa técnica avaliatória, quando possível.

10. DA PRESUNÇÃO E EXAME DA SINCERIDADE NO PEDIDO DE RETOMADA PARA USO PRÓPRIO PELO LOCADOR

Dado o caráter dúplice da ação renovatória, é facultado ao réu, na contestação, deduzir pedido de retomada fundado nas hipóteses legais do art. 72, IV, da Lei de Locações, além de contestar o pedido quanto à matéria fática.

Pleiteando o réu a retomada do imóvel, deve especificar a hipótese legal autorizativa, ou seja, deve o retomante descrever detalhadamente qual será seu uso ou o ramo do comércio a ser exercido no imóvel, para que se tornem possíveis o exame do desvio de uso e a defesa por parte do locatário.

Ao pedido de retomada é atribuída presunção de veracidade a teor da Súmula 485 do STF. Não obstante essa presunção que favorece o locador, não se trata de presunção absoluta, exigindo, ao contrário, prova, demonstração robusta da necessidade de retomar o imóvel locado para seu uso. A presunção de sinceridade que milita em favor do retomante tem que ser lastreada em dados informativos que permitam aferir sua veracidade, não bastando ao locador afirmar com elementos tênues a necessidade do imóvel.

O axioma dessa presunção deve ser analisado e aplicado com bastante cuidado, pois é preciso que a retomada seja útil, ditada por interesse sério, legítimo, razoável, com função social relevante, porquanto é muito cômodo ou conveniente ao locador, quando tem contrariado seus interesses locatícios, invocar tal direito presumivelmente apto a ensejar a retomada. Quando se diz que um pedido é sincero, observa José da Silva Pacheco *“admite-se que é feito sem dissimulação, disfarce ou malícia, exprimindo a verdade, a realidade, sem intuito de desviar-se da lei ou fraudá-la, obedecendo ao disposto no art. 14, I, II e III, do CPC”* (Tratado das locações, ações de despejo e outras. 11ª. ed. São Paulo : RT, 2000, p. 753).

Insta salientar que o exame da sinceridade ou insinceridade do locador, quanto ao pedido de retomada, constitui matéria de fato, que em verdade, impõe o ônus da prova a ambas as partes – locador e locatário – porquanto se tem de um lado o conflito estabelecido entre o direito de propriedade em contrapartida a função social da propriedade e da empresa.

Tamanhas são as consequências funestas ao empresário que a retomada insincera pode causar, que o legislador criou uma forma de ressarcimento pelos prejuízos e lucros cessantes decorrentes da

mudança, perda do lugar e desvalorização do comércio, a teor do disposto no §3º., do citado art. 52. A finalidade dessa previsão é, sem dúvida, como asseveram Elena Bruno e Valeria Vasapollo é *“scoraggiare il locatore dal porre in essere comportamenti finalizzati alla cessazione del contratto di locazione, considerato che proprio da questi comportamenti consegue, per il locatore, l’obbligo di pagare al conduttore l’indennità per la perdita dell’avviamento commerciale”* (op. cit., p. 484. Tradução livre: “desencorajar o locador a se envolver em comportamentos que visem a rescisão do contrato de locação, considerando-se que as consequências desse comportamento submetem o locador à obrigação de pagar ao locatário indenização pela perda do aviamiento comercial).

Ou seja, essa norma tutela no interesse público, os exercentes da atividade empresarial, no sentido de protegê-los *“alla diminuzione patrimoniale che può derivare dallo spostamento del luogo di svolgimento dell’attività medesima, che viene considerata sussistente con presunzione assoluta”* (Bruno e Vasapollo, op. cit., p. 484. Tradução livre: da diminuição patrimonial que pode derivar da mudança de local da atividade explorada, que é considerada subsistente com presunção absoluta).

Como alhures considerado, o direito de propriedade do locador não é e nunca foi absoluto. Pelo contrário, a função social da propriedade e da empresa são fatores determinantes na aferição da sinceridade do locador, sujeitando-o a pena pecuniária. Entretanto, advirta-se, a tutela pecuniária, na maioria das vezes, é insuficiente a reparar os danos colaterais causados pela insinceridade, uma vez que os efeitos da retomada podem ser fatais para a exploração da atividade econômica e colocando em risco vagas de trabalho que podem representar, em determinados municípios, uma grave crise de desemprego. A preservação do ente coletivo assegura o equilíbrio no campo econômico-social porquanto é instrumento de efetiva circulação de riquezas, gerando empregos, tributos e circulação ou produção de bens ou serviços, constituindo-se num centro de propulsão do progresso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRUNO, Elena e VASAPOLLO, Valéria. *Codice delle locazioni*. Milano : CEDAM, 2012

PACHECO, José da Silva. *Tratado das locações, ações de despejo e outras*. 11^a. ed. São Paulo : RT, 2000

POPP, Carlyle. *Comentários à nova lei do inquilinato*. 4^a. ed. Curitiba: Juruá, 1996

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada*. 14^aed.São Paulo: Atlas, 2015.

Os diversos artigos que o livro em comento reúne traduzem a riqueza da produção científica das áreas de Direito Privado e de Direito Processo Civil da Escola de Direito, bem como representam um pouco dessa nossa exitosa história, uma vez que entre os autores, estão professores em atividade na Escola e outros que por aqui passaram com sua valorosa e única contribuição, bem como brilhante Ministra do Superior Tribunal de Justiça, ex-aluna do Curso de Direito da PUCRS. Concluo com meus efusivos parabéns e penhorado agradecimento a todos, e rogo que São Marcelino Champagnat e nossa Boa Mãe permaneçam intercedendo para que sejamos abençoados em nossa meta precípua de educar a pessoa na sua totalidade. Boa leitura!

Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon

Decano da Escola de Direito da PUCRS

